

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE
GRADUAÇÃO EM DIREITO

LEONARDO ALVES FARACO

**BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS E PRIVACIDADE: A (DES)
PROPORCIONALIDADE DA DECISÃO DEFINITIVA PROFERIDA NA ADI Nº
4.815, JULGADA PELO STF.**

CRICIÚMA-SC
2018

LEONARDO ALVES FARACO

**BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS E PRIVACIDADE: A (DES)
PROPORCIONALIDADE DA DECISÃO DEFINITIVA PROFERIDA NA ADI Nº
4.815, JULGADA PELO STF.**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, como requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a. Ma. Débora Ferrazzo.

2018.

**BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS E PRIVACIDADE: A (DES)
PROPORCIONALIDADE DA DECISÃO DEFINITIVA PROFERIDA NA ADI Nº
4.815, JULGADA PELO STF.**

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pelo Curso de Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense.

Criciúma, 18 de junho 2018.

Orientadora Prof. Ma. Débora Ferrazzo.

Prof. Dr. Lucas Machado Fagundes

Prof. Dr. Reginaldo de Souza Vieira

Dedico este trabalho, primeiramente, a Deus, o qual diuturnamente me guia pelas veredas tortuosas da vida. Aos meus pais Sarita e César que me apoiaram nesta longa jornada, com um encargo tão penoso de sustentar-me neste percalço. Por último, à minha namorada Danielle, a qual alegra meus dias, tornando-os menos fadigosos e embaraçados.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, à minha família, em especial aos meus pais Pedro César e Sarita, pelo apoio e incentivo para concluir este trabalho.

Agradeço também à minha namorada Danielle, pois durante o período de elaboração deste trabalho me deu apoio, sempre me incentivando e me apoiando, a fim de que este projeto fosse concluído o mais breve possível. Assim, tornou-se peça fundamental, com sua doçura e ternura, possibilitando a concretização do presente trabalho.

Agradeço à minha orientadora, professora Ma. Débora Ferrazzo, pelas recomendações de leituras, pelos ensinamentos repassados em aulas e nas reuniões de orientação. Além disso, sempre me incentivando e apoiando, a fim de que pudesse concluir este trabalho da melhor forma possível.

RESUMO

A discussão acadêmica em torno do conflito entre Direito à Liberdade de Expressão, Direito à Informação *versus* ao Direito à Privacidade se intensificou com a decisão proferida no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.815. Isso porque a referida decisão possibilitou a circulação e publicação de biografias, sem que os fatos ali retratados passassem por um crivo posterior – muito menos anterior –, que pudesse assegurar o Direito à Privacidade. Dessa forma, este trabalho se dedica a um estudo de caso da referida decisão, por meio do prisma da Teoria dos Direitos Fundamentais, proposta por Robert Alexy, com base em análise da literatura jurídica constitucional, utilizando-se do método dedutivo. Assim, no primeiro capítulo, este trabalho busca propiciar ao leitor um contato com os princípios colidentes, conceituando-os e delimitando-os. No segundo capítulo, propõem-se a apresentar um panorama ao leitor do Direito pós-positivista, apresentando técnicas da hermenêutica constitucional mais abalizadas. Com todo o aporte teórico, no último capítulo, este estudo pretende demonstrar a inadequação da decisão em comento ao não impor condições à escolha dos fatos que serão narrados em determinada biografia, o que levaria a impossibilidade de proteger-se o Direito à Privacidade.

PALAVRAS-CHAVE: Biografias Não Autorizadas; Direito à Privacidade; Direito à Liberdade de Expressão; Direito à Informação; Máxima da Proporcionalidade.

ABSTRACT

The academic discussion revolves around of the conflict between the Right to Freedom of Expression, Right to Information versus Right to privacy was intensified by the decision rendered in the ADI nº 4.815. This is because the referred decision made it possible to circulate and publish biographies, without the facts portrayed there being passed by a later sieve –much less previous –, that could ensure the Right to Privacy. Thus, this paper is devoted to a case study of the said decision, through the prism of the Theory of Fundamental Rights, proposed by Robert Alexy, based on analysis of constitutional legal literature, using the deductive method. Thus, in the first chapter, this work seeks to provide the reader with a contact with the colliding principles, conceptualizing and delimiting them. In the second chapter, besides that, propose a panorama to the reader of post-positivist law, presenting techniques of constitutional hermeneutics more recommended. With all the theoretical support, in the last chapter, the study intends to demonstrate the inadequacy of the decision in comment not to impose conditions on the choice of facts that will be narrated in a certain biography, which would make it impossible to protect the Right to Privacy.

KEY-WORDS: Unauthorized Biographies; Right to Privacy; Right to Freedom of Expression; Right to Information; Principle of Proportionality.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 CONCEITUAÇÃO PRELIMINAR: PRIVACIDADE, EXPRESSÃO E HISTÓRIA NACIONAL	12
1.1 DIREITO À PRIVACIDADE: SENTIDO E ORIGENS HISTÓRICAS	13
1.2 DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E À INFORMAÇÃO	17
1.3 RELEVÂNCIA DAS BIOGRAFIAS À HISTÓRIA NACIONAL	21
2 MÉTODOS DE RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	25
2.1 HORIZONTE COMPREENSIVO DO DIREITO POSITIVO: INDIVIDUALISMO E COLETIVISMO	25
2.1.1 A dicotomia público <i>versus</i> privado	29
2.2 HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL	31
2.3 TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE	37
3 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.815: UM ESTUDO DE CASO DA ADI 4.815, À LUZ DA MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE.	41
3.1 SÍNTESE DO PROCESSO DA ADI Nº 4815	44
3.2 TESES JURÍDICAS DISCUTIDAS NA ADI Nº 4815	47
3.3 MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE e a decisão NA ADI 4.815: ANÁLISE DA MANUTENÇÃO DE UM MÍNIMO INVOLÁVEL.	53
CONSIDERAÇÕES FINAIS	57
REFERÊNCIAS.....	62

INTRODUÇÃO

A discussão acerca da prévia autorização para publicação e circulação de biografias, exigidas pela interpretação dos artigos 20 e 21 do Código Civil brasileiro, teve grande destaque. Isso porque a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.815 ascendeu a discussão entre o Direito à Liberdade de Expressão e Direito à Informação frente ao Direito à Privacidade, ao decretar a inconstitucionalidade da interpretação que exigisse a autorização do biografado.

Contudo, o problema do presente trabalho reside na seguinte questão: A decisão proferida na ADI nº 4.815 respeita o Direito à Privacidade? Assim, o presente trabalho traz essa discussão, buscando resolver a problemática envolvida, sob o prisma da Teoria dos Direitos Fundamentais, proposta pelo jurista alemão Robert Alexy.

A Teoria dos Direitos Fundamentais, ótica pela qual será analisada a decisão em comento, não é a única que se pretende resolver os conflitos entre princípios. Todavia, se tornou a mais influente no direito ocidental, sendo utilizada pela grande maioria dos teóricos e juristas em geral do Brasil. Assim, preferiu-se adotá-la como parâmetro para análise do referido *decisum*.

Com uma sociedade cada vez mais focadas na mídia de entretenimento, tanto a convencional quanto a alternativa – e com o surgimento de plataformas na internet, que possibilitam o *upload* de conteúdos em vídeo e texto de forma muito veloz – pessoas desconhecidas se tornam celebridades em instantes. Esses indivíduos viviam completamente no anonimato e de repente se vêem expostos aos olhares curiosos da grande massa.

O espaço privado desses indivíduos se torna interessante, há uma excitação para desvendá-lo. Saber quem é este famoso em sua vida longe dos “*flashes*”, conhecer os cantos mais recônditos e espiar pela fresta da janela geram um êxtase na grande massa.

A biografia, como gênero literário, deveria transpassar esse sentimento. Isso porque serve para narrar a vida de uma determinada pessoa, contando seus feitos, derrotas e fracassos, a fim de inspirar os leitores a alcançarem seus próprios objetivos. Porém, há que se notar que muitas biografias não atendem unicamente a esse propósito. Antes, têm como função explorar o sentimento de curiosidade

humana sobre a vida de outros indivíduos e assim obter o máximo de lucro que puderem, sem se importar se levará ao biografado o escárnio público, contando os fatos mais ocultos de sua vida. Isso ocorre com certa frequência, biografados que têm fatos de sua vida – os quais gostariam de manter oculto –, como se pode notar no caso da biografia do jogador de futebol Garrincha. Nesse caso fatos irrelevantes ao conhecimento público, tais como: desempenho sexual do “ponta direita” da seleção brasileira, o tamanho de seu órgão genital, entre outras informações.

Por essa razão, o presente trabalho traz à tona a discussão acadêmica entre Direito à Liberdade de Expressão e Direito à Informação, frente ao Direito à Privacidade, com uma nova roupagem, analisando a decisão proferida na ADI nº 4.815. Trazendo, assim, reflexões acerca dos limites da curiosidade pública sobre a vida privada das pessoas.

Neste estudo o método dedutivo será utilizado, aplicando-se a Teoria dos Direitos Fundamentais, realizando um estudo de caso da ADI. 4.815, a fim de que se possa constatar se o *decisum* é proporcional, de acordo com a máxima da proporcionalidade. Para tanto será necessário o uso de material bibliográfico diversificado em livros, artigos de periódicos, teses e dissertações e, principalmente, por ser um assunto recente, por via de sites jornalísticos.

Quanto à elaboração deste trabalho, em razão de a íntegra da decisão ter sido disponibilizada sem numeração contínua, de modo que cada voto foi anexado com numeração independente, a identificação precisa das passagens analisadas foi dificuldade. Por isso, optou-se por identificar o Ministro cujo voto foi analisado, com respectivo número de página apontado no voto, e na chamada, indicar a fonte do documento, que é único, correspondendo à ação direta de inconstitucionalidade referenciada ao fim da pesquisa.

Objetivando a posterior análise da decisão da ADI 4.815, no primeiro capítulo serão delimitados os conceitos mais importantes ao presente estudo. Assim, apresentar-se-ão os princípios colidentes, a saber: Direito à Privacidade, Direito à Liberdade de Expressão e Direito à Informação; perpassando por seus conceitos e seus limites. Além de ser necessário esclarecer qual a relevância da obra biográfica para a satisfação do Direito à Informação e para o próprio desenvolvimento da história nacional.

Ainda, antes que seja iniciado o estudo da decisão em comento, no segundo capítulo expor-se-á um panorama do Direito ocidental moderno pós-

positivista, apresentando a ótica individualista que o circunda. Além disso, serão apresentadas as técnicas da hermenêutica constitucional apresentadas pela doutrina pátria, as quais estavam à disposição dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, ao julgarem a ADI 4.815. De forma conjunta, será exposta a Teoria dos Direitos Fundamentais, no que tange ao conceito de princípio e sua forma de se resolver conflitos entre eles, além, é claro, da máxima da proporcionalidade.

Dessa forma, com todo esse aporte teórico, no último capítulo, será realizado um estudo de caso da decisão proferida na ADI nº 4.815. Tal exame será realizado sob a ótica da Teoria dos Direitos Fundamentais e os instrumentos que a hermenêutica constitucional propicia. Buscando demonstrar que a dispensa, de forma incondicional, não condiz com a máxima da proporcionalidade e com a própria essência do Direito, a Justiça.

1 CONCEITUAÇÃO PRELIMINAR: PRIVACIDADE, EXPRESSÃO E A RELEVÂNCIA DAS BIOGRAFIAS

O presente trabalho se dedica ao exame da decisão proferida na ADI 4.815, por meio da qual foi excluída do ordenamento jurídico a necessidade de uma prévia autorização do biografado ou de sua família, para publicação e circulação de biografias. Com este estudo se busca analisar se tal decisão foi proporcional, de acordo com a Teoria dos Direitos Fundamentais, numa perspectiva que estenda o horizonte interpretativo da matéria. A referida ADI se propôs a fazer uma ponderação entre os princípios do Direito à Liberdade de Expressão e à Informação contra o Direito à Privacidade do indivíduo, incluindo-se as garantias da vida privada e da intimidade. Porém, para isso, será necessário delimitar separadamente cada princípio constitucional conflitante na ADI 4815.

Contudo, de forma prévia, é imperativo tecer algumas considerações gerais acerca do termo “princípio”, delimitando o conceito em sua forma mais geral, até que se alcance cada um, especificamente analisados nesse capítulo, de forma individual.

Os princípios, em sua acepção geral, são uma espécie do gênero “norma jurídica”. Caracterizam-se, principalmente, por trazerem enunciados abstratos, vagos e indeterminados, permitindo, assim, que o operador do direito alcance uma maior gama de possibilidades de interpretação (SARLET; MARINONI; MITIDIEIRO, 2016. p. 255-256).

Ademais, esta espécie normativa integra o rol de fontes do direito “que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas” (REALE, 2002 p. 304). Servem de auxílio ao aplicador do direito, pois, verificada a lacuna legislativa, poderá recorrer aos princípios, assim, permitindo entregar uma tutela mais apropriada ao caso específico (REALE, 2002 p. 304). Inclusive, há em nosso ordenamento jurídico pátrio uma previsão expressa para esse tipo de recurso, prevista no artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro¹. Dessa forma, é nítido que não são externos ao direito, antes se encontram inseridos dentro do ordenamento jurídico pátrio (BERGEL, 2006, p. 101).

¹ Art. 4º - Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. (BRASIL, 1942)

Fácil perceber a relevância dos princípios para o ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, existem certos preceitos que possuem tamanha importância, que os fazem superar os demais, e a estes nossa Constituição Federal deu uma atenção especial, inserindo-os no texto constitucional. Esses princípios constitucionais, segundo a doutrina de Joaquim José Gomes Canotilho (2010, p. 1166-1667), se dividem em três grupos: o primeiro grupo se inserem os princípios relativos ao poder constituinte, forma e estrutura do Estado; no segundo grupo se encontram princípios que impõem ao Estado perseguir determinadas finalidades; no terceiro grupo estão os princípios que prescrevem garantias fundamentais aos cidadãos, como exemplo os direitos apresentados, principalmente, no artigo 5º da Constituição Federal.

Dado o panorama acerca do termo princípio, cabe agora fornecer o aporte conceitual acerca das garantias constitucionais colidentes na ADI nº 4815, cerne do presente trabalho.

1.1 DIREITO À PRIVACIDADE: SENTIDO E ORIGENS HISTÓRICAS

Definidos alguns conceitos, pode-se estudar a primeira dessas garantias, o direito à privacidade, compreendendo-se à proteção à vida privada e à intimidade. A referida garantia está prevista no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal². Embora todas as garantias constantes no dispositivo retro sejam semelhantes, se distinguem em alguns aspectos. Assim, passa-se a analisar cada uma de forma individual.

O Direito à Vida privada tem como escopo resguardar sua esfera pessoal dos olhares curiosos de terceiros alheios (FARIAS, 2004, p. 251). Pode ser entendido, naquilo que Cupis (2008, p. 139-159) já havia chamado de Direito ao Resguardo, o qual visa a exclusão da ingerência de terceiros na vida privada do indivíduo. Enquanto a intimidade é entendida como os segredos que a pessoa possui, sendo ilícita a divulgação e o seu conhecimento. Dentro do direito à privacidade, ainda, estaria abrigada a proteção à honra e à imagem da pessoa

² X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. (BRASIL, 1988)

humana, dentre eles destaca-se o primeiro. Segundo Silva (2005, p. 209), Honra é um conglomerado de qualidades, tais como: o Bom Nome e a Reputação; sendo um substrato da Dignidade Humana. Neste sentido Cupis (2008, p. 123) afirma que:

[...] a boa fama da pessoa constitui o pressuposto indispensável para que ela possa progredir no meio social e conquistar um lugar adequado; e, por sua vez, o sentimento, ou consciência, da própria dignidade pessoal representa uma fonte de elevada satisfação espiritual.

No que tange ao “direito à vida privada”, esse se estabelece para além do direito de estar só, consistindo na “proteção de uma esfera autônoma da vida privada, na qual o indivíduo pode desenvolver a sua individualidade” (SARLET; MARINONI; MITIDIEIRO, 2016. p. 445). Já a proteção à intimidade da pessoa humana, sua definição passou por mudanças ao longo de sua trajetória, assevera Doneda (2006, p. 08-09) que:

Em seus primórdios, marcada por um individualismo exacerbado e mesmo egoísta, portou a feição do direito a ser deixado só. A este período remonta o paradigma da privacidade como uma *zero-relationship*, como ausência de comunicação entre um sujeito e os demais. Esta concepção foi um marco inicial; a temperá-la temos, posteriormente, a crescente consciência de que a privacidade é um aspecto fundamental da realização da pessoa e do desenvolvimento da sua personalidade. (grifo no original)

Embora haja certas distinções entre “Direito à Vida Privada” e “Direito à Intimidade”, tal diferenciação, na prática, se torna difícil de distinguir, Doneda (2006, p.110-111) demonstra que a divisão das esferas da vida do indivíduo muito subjetiva e

[...] a discussão dogmática sobre os limites entre ambos os conceitos, visto o alto grau de subjetividade que encerra, desviaria o foco do problema principal, que é a aplicação do direito fundamental da pessoa humana em questão, em sua emanção constitucional. [...] Também notamos que os termos ‘vida privada’ e ‘intimidade’ fazem menção específica a determinadas amplitudes do desenvolvimento da proteção da privacidade [...].

Dessa forma, se torna necessário definir quais termos serão utilizados, eis que a vasta gama de possíveis sinônimos poderia levar à uma confusão terminológica no presente trabalho. Isso porque, no Brasil o termo “privacidade” não tomou a mesma conotação que a palavra *privacy*, do idioma inglês, mesmo que derivem do verbo *privare* e do adjetivo *privatus*, do latim. No inglês o termo é mais amplo abrangendo mais possibilidades que no idioma português, sendo desmembrado em vários sinônimos. (DONEDA, 2006, p.107)

Todavia, a fim de escapar da alternância de sinônimos, o que poderia dificultar o entendimento do presente trabalho, assim como Doneda (2006, p. 110-

112), prefere-se a utilização do termo “privacidade”, em seu sentido amplo, a fim de que sejam abrangidos todos os aspectos da vida da pessoa. Assim, torna-se mais fácil prosseguir com o estudo, sem que debates terminológicos possam surgir.

Quanto ao surgimento dessa proteção, possivelmente, ocorreu na França, no ano de 1858, pelo menos no âmbito judicial. O caso ocorreu quando a irmã da atriz Rachel, contratou pintores para que a pintassem em seu leito, próximo à sua morte. A pintura foi exposta e comercializada. Dessa forma, o Tribunal Civil do Sena ordenou que fossem recolhidas a obra original e suas cópias, a pedidos da família (COSTA JÚNIOR, 2007, p. 11-12). Segundo o tribunal, “ninguém pode, sem o consentimento expresso da família, reproduzir e entregar à publicidade as características de uma pessoa em seu leito de morte seja qual for a fama dessa pessoa”. (tradução livre do autor³) (ABRAVANEL-JOLLY, s.d.; FRANÇA, 1858)

Porém, a consolidação de uma teoria acerca dessa proteção à privacidade ocorreu apenas com a publicação do artigo *The right to privacy* de Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis (COSTA JÚNIOR, 2007, p. 12-13). Os autores, por meio de análise aos julgados dos tribunais britânicos e americanos, reconheceram um princípio geral de proteção à privacidade. Com isso, propuseram a invasão à privacidade como uma nova forma de uma responsabilidade civil⁴. Os tribunais americanos adotaram essa tese de forma paulatina. (ZANIN, 2015, p 10-13)

Compreender essa diferenciação das esferas da vida de uma pessoa e particioná-las é de suma importância ao presente trabalho, porém, nota-se que na prática, se torna uma tarefa árdua. Isso se dá em razão da “fluidez” das várias esferas dos indivíduos (SARLET; MARINONI; MITIDIEIRO, 2016. p. 443). Contudo, embora não se olvida que há tal dificuldade, não é adequado que, sob esse pretexto, não sejam resguardadas as informações íntimas, as quais merecem a devida proteção. O tema será amplamente debatido mais à frente.

Voltando à proteção ao conceito de privacidade, essa, por sua vez, consiste na possibilidade do indivíduo tornar fatos e informações em sigilo, fora do

³ “nul ne peut, sans le consentement formel de la famille, reproduire et livrer à la publicité les traits d’une personne sur son lit de mort, quelle qu’ait été la célébrité de cette personne”

⁴ Se trata, na verdade, do instituto *tort law* que existe dentro do sistema norte americano da *common law*. Porém, se assemelha à sistemática da responsabilidade civil, instituto utilizado no sistema jurídico brasileiro. (SILVA; WALKER, 2016, p. 296)

conhecimento de terceiros alheios, inclusive com a possibilidade de coerção penal, como é o caso da proteção às correspondências, entre outros (CUPIS, 2008, p. 15)

O direito à privacidade, abrangendo todos os seus aspectos (vida privada e à intimidade, assim como a própria proteção à honra), está arraigado à Dignidade Humana. Resguardar certas informações em sigilo é deveras compreensível, pois determinados fatos da vida íntima podem gerar constrangimentos frente à sociedade (SILVA, 2005, p. 209). Para Sarlet, Marinoni e Mitidieiro (2016, p. 474):

O direito à honra, à defesa do bom nome e à reputação insere-se no âmbito da assim chamada integridade e inviolabilidade moral. Se, em um sentido objetivo, o bem jurídico protegido pelo direito à honra é o apreço social, o que se costuma designar de honra objetiva (o conceito social sobre o indivíduo), de um ponto de vista subjetivo (que, à evidência, guarda relação com a face objetiva), a honra guarda relação com o sentimento pessoal de auto estima [...].

Um exemplo bastante famoso de divulgação de informações íntimas, foi a biografia do jogador de futebol Manuel Francisco dos Santos, mais conhecido como “Garrincha”. A obra foi escrita pelo biógrafo Ruy Castro e intitulada de “A estrela solitária”, o livro traz aspectos da vida do ídolo, tais como: carreira, família, relações extraconjugais e outras informações muito íntimas. Inclusive, houve uma menção ao tamanho e peculiaridades do órgão sexual do atleta. Tal foi o incômodo à família, que as filhas de Garrincha ingressaram com uma ação de reparação de danos morais, sendo que foi exitosa.⁵ (BRASIL, 2006; ESTADÃO, 2001)

Outro conceito elaborado para definir o que é a proteção à privacidade foi elaborado pela Assembleia Consultiva do Conselho da Europa, em sua Resolução 428/70, no §C, alíneas 2 e 3, o qual

[...] consiste essencialmente em poder se levar sua vida como se entende com o mínimo de ingerências. Ele diz respeito à vida privada, à vida familiar e à vida do lar, à integridade física e moral, à honra e à reputação, ao fato de não ser apresentado sob um falso aspecto, à não divulgação de fatos inúteis e embaraçosos [...] (SZANIAWSKI, 2005, p. 289-290)

O direito à privacidade, como uma proteção do indivíduo, é de extrema importância para o Estado, até porque um de seus fundamentos é resguardar a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CF). Porém, ainda falta avançar

⁵ As filhas do atleta ingressaram com uma ação de indenização de danos morais, sendo que em última instância, no STJ, a editora foi condenada ao pagamento de danos morais, no importe de 100 salários mínimos a cada filha do jogador. Esse caso foi emblemático, sendo amplamente divulgado pela mídia, principalmente pelos aspectos bem íntimos retratados na biografia, tais como: o tamanho do órgão sexual do jogador e sua potência sexual.

no presente estudo, a fim de conceituar outros princípios constitucionais que são inseridos na discussão da ADI em comento.

1.2 DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E À INFORMAÇÃO: EXISTEM PRINCÍPIOS ABSOLUTOS?

Além do direito à privacidade, no bojo da discussão no julgamento da ADI 4815, os Ministros envolveram mais princípios constitucionais, como foram os casos da Liberdade de Expressão e o Direito à Informação. Tais garantias serviram como fundamentos dos julgadores para que seus votos fossem favoráveis à declaração de inconstitucionalidade, conforme será visto no tópico específico.

Considerando que ambos os princípios, ainda que intrinsecamente relacionados, podem tutelar – e frequentemente o fazem – matérias diferentes, é importante compará-los, buscando elementos que evidenciem as distinções possíveis. Por essa razão, o presente tópico terá início com o estudo acerca da Liberdade de Expressão.

O conceito de liberdade de expressão nasce juntamente com as bases do pensamento iluminista, dando espaço para um novo cenário, o liberalismo. Tal concepção foi de extrema importância, pois, sem a proteção à manifestação livre, a democracia e o pluralismo político não seriam possíveis (FACHIN, 2016. p. 100). Sua proteção jurídica iniciou-se com os as grandes revoluções iluministas, a Revolução Americana (1776) e a Revolução Francesa (1789). A liberdade de expressão foi consagrada como um direito fundamental do cidadão, tanto na *Virginia Bill of Rights*, em seu artigo 12, como na Declaração dos Direitos dos Homens e do Cidadão, em seu artigo 11. Tinha como escopo a ruptura com o antigo regime absolutista, dando início à ascensão liberal dentro da estrutura do Estado. (FARIAS, 2001, p. 43-53)

Trata-se de um princípio constitucional indissociável do sistema de um Estado Democrático, se constituindo em um direito fundamental de altíssima relevância, concedido aos cidadãos (FACHIN, 2016. p. 100). Está previsto no artigo

5º, inciso IX, da Constituição Federal⁶, e “engloba a exteriorização do pensamento, ideias, opinião, convicções, bem como de sensações e sentimentos em suas mais variadas formas, quais sejam, atividades intelectuais, artísticas, científicas e de comunicação”. (MEYER-PFLUG, 2009. p. 66)

A liberdade de expressão possui um caráter duplo, ou seja, se constitui tanto como um direito subjetivo, quanto em um direito objetivo. Significa dizer que por um lado atua como uma garantia que cada indivíduo possui de não ser constrangido por suas manifestações – ou não manifestações –. Tratando-se de um verdadeiro direito negativo, uma proteção individual. Ocorre que também assume um caráter objetivo, um direito transindividual. Nesse aspecto a liberdade de expressão se torna uma base para o próprio Estado Democrático e para a dignidade humana, propiciando à cada cidadão o exercício de sua cidadania. (SARLET, MARINONI E MITIDIEIRO, 2016. p. 494-495)

Notadamente, a Liberdade de Expressão é uma espécie do gênero Liberdade de Pensamento. Isso porque “liberdade de expressão” significa que se é livre para manifestar algo. Obviamente, o objeto jurídico tutelado é a “expressão de algo”, enquanto na “liberdade de pensamento” a proteção repousa sobre a livre formação das ideias (MEYER PFLUG, 2009, p.66). Trata-se a primeira de uma liberdade interna do indivíduo, que interfere nas escolhas e pensamentos; e a segunda, consiste na garantia de se expressar o que, de forma interna, se pensou. (SILVA, 2011, p. 231).

É nítido que não se trata de qualquer pensamento, eis que um biógrafo não emite posicionamentos particulares sobre fatos da vida privada do biografado, pelo menos não o deveria. Sendo assim, os Ministros podem ter se utilizado da acepção de liberdade de expressão voltada à produção intelectual, artística e científica.

A partir dessa liberdade, o Estado confere a cada indivíduo a possibilidade de produzir e divulgar obras de cunho científicas, intelectuais e artísticas; isso tudo, sem sofrer censura ou necessidade de licença, conforme o inciso IX, do artigo 5º da Constituição Federal. (SILVA, 2014, p. 255-256)

⁶ IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença. (BRASIL, 1988)

Ainda na esteia dos princípios em colisão na ADI nº 4815, observa-se que os Ministros, em seus respectivos votos, mencionaram outro direito, alçando-o como um direito fundamental. Trata-se do direito do cidadão informar e ser informado. Dessa forma, é possível apresentar alguns fragmentos do voto da Ministra Relatora Cármen Lúcia (2015, p. 71):

O direito de se informar relaciona-se à liberdade de buscar a informação em fonte não censurada e sobre qualquer tema de interesse do cidadão. Cortar a busca livre de assunto ou em fonte circunscrita antecipadamente significa limitar a liberdade de obter dados de conhecimento para a formação de ideias e formulação de opiniões. O direito fundamental constitucionalmente assegurado compreende a busca, o acesso, o recebimento, a divulgação, a exposição de dados, pensamentos, formulações, sendo todos e cada um responsável pelo que exorbitar a sua esfera de direitos e atingir outrem.

No voto da Relatora, retro transcrito, é nítida a presença do direito à informação, previsto no artigo 5º, inciso XIV, da Constituição Federal⁷. Constitui-se em uma garantia à coletividade, é o direito dos cidadãos buscarem informações, conhecimento e dados (SILVA, 2005, p. 259-260).

Os aspectos abrangidos pelo “Direito à Informação” são bem extensos, podendo ser definido como uma garantia ao cidadão para fiscalizar a atuação do Estado, exigindo certa transparência. Todavia, não foi esse espectro do Direito à Informação a que os Ministros do Supremo se referiram em seus respectivos votos. O direito à informação, mencionado pelos Ministros, em especial no voto da Ministra Relatora Cármen Lúcia, abrange o “direito de informar e de ser informado”.

Embora comprimidos a um único instituto, o direito de informar e ser informado, claramente têm como destinatários indivíduos diferentes, embora sejam “faces da mesma moeda”. O primeiro se trata de um “instrumento valioso de participação ativa do cidadão, na vida pública e para a formação de um debate democrático estabelecido com base na livre discussão” (FARIAS, 2004, p. 164). Já o direito de ser informado, compreende a possibilidade de o indivíduo receber as informações, porém vai mais além, pois

[...] o direito de ser informado é correlato à existência de um efetivo pluralismo de fontes de notícias, exigido por esse dispositivo constitucional. Ou seja, a diversidade de fontes informativas (pluralismo externo), com a possibilidade de ingresso na arena pública de variedade de vozes, na quantidade suportada pelos meios técnicos, ensejará maior acesso e recebimento de informações. (FARIAS, 2004, p. 168)

⁷ XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional. (BRASIL, 1988)

Outra manifestação do Direito à Informação, mencionada no voto da Relatora, foi o “direito ao acesso à informação”. Esse serve de base para os dois primeiros, isso porque para que o exercício desses seja viável, é necessário que lhes seja garantido o direito de buscar a informação. (FARIAS, 2004, p. 165-166)

Embora não se olvida que todas essas garantias, neste tópico mencionadas, sejam de extrema relevância para a constituição da democracia, elas não são absolutas – como nada o é –, possuindo algumas limitações, a fim de que coadune com as demais garantias constitucionais conferidas aos indivíduos. Segundo Sarlet, Marinoni e Mitidieiro, (2016, p. 496) por ser de suma importância à democracia, a liberdade de expressão assume posição preferencial em casos onde haja conflito com outros princípios. Entretanto, não são todos os doutrinadores que concordam com tal premissa de preferência *a priori* de um princípio sobre o outro. Para Fachin (2016, p. 103), somente com uma análise no caso em concreto, e à luz de suas especificidades, poder-se-á um direito sobrepor-se ao outro, não havendo uma preferência *a priori*.

No que tange à Liberdade de Expressão, suas limitações residem na própria Constituição Federal. Em primeiro lugar, a liberdade de expressão não pode ser exercida de forma irrestrita, pois é vedado o anonimato. Essa proibição tem como objetivo a identificação do sujeito que expressou determinada opinião. De forma direta a vedação do anonimato serve para que o Estado venha aplicar o direito penal e o ofendido possa ressarcir o dano que lhe foi causado. Porém, há uma proteção indireta aos direitos da personalidade do indivíduo lesionado. Até porque, no inciso X, do artigo 5º prevê a inviolabilidade da intimidade, honra, vida privada e da imagem do indivíduo, ou como já mencionado o direito à privacidade (MEYER PLFUG, 2009, p. 83-88).

Inclusive, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu que a Liberdade de Expressão não é um direito absoluto no caso do escritor Siegfried Ellwanger. O escritor foi condenado à prisão pelo juízo *a quo*, em razão da publicação de um livro com conteúdo “racista”⁸ contra os judeus. Porém, Siegfried interpôs apelação ao

⁸ A terminologia não é a mais correta, pois todos os seres humanos pertencem à espécie *homo sapiens sapiens*, que pertence ao gênero *homo*. As demais espécies desse mesmo gênero já foram extintas alguns milhares de anos e a diferença genética não é suficientemente grande a ponto de serem consideradas novas espécies do gênero *homo*. Assim, os humanos não podem ser diferenciados por raça, e sim por etnia. Por essa razão a expressão mais apurada a ser usada é “preconceito”, ao contrário do “racismo”. (PENA; BIRCHAL, 2005, p. 13-16)

Tribunal de Justiça, alegando que seu crime já havia prescrito, isso porque sua conduta não se constituiria como “racismo”, o qual é imprescritível. Todavia, o referido Tribunal e posteriormente o STF, reconheceram a conduta como prática de racismo, além de que a liberdade de expressão não poderia se sobrepor ao princípio da dignidade da pessoa humana. (BRASIL, 2006; BRASIL, 2003)

Assim como ocorre com a Liberdade de Expressão, o direito à informação também possui limites. A primeira delas se trata do compromisso que aquele que informa possui com a verdade dos fatos. Obviamente, tal verdade não pode ser objetiva, até porque entregar nas mãos do estado a função de intérprete da verdade poderia inviabilizar o direito de informar e consequentemente, o de ser informado. Essa verdade deve ser subjetiva, ou seja, analisa-se a conduta do sujeito que informa, se sabe da falsidade da informação (FARIAS, 2004, p. 90-92). Até porque em um

Estado democrático de direito o que se espera do sujeito emissor de uma notícia, como postura que denota apreço pela verdade, é o diligente contacto com as fontes das informações, examinando-as e confrontando-as, bem como o uso de todos os meios disponíveis ao seu alcance, como medidas profiláticas, para certificar-se da idoneidade do fato antes de sua veiculação. (FARIAS, 2004, p. 91)

A segunda limitação reside no direito ao acesso à informação, eis que dependendo da fonte a ser investigada haverá um tratamento distinto. Em fontes de origens públicas a regra para seu acesso é a publicidade, porém nem todos os dados serão acessíveis, como é o caso de informações de segurança da sociedade e do estado, conforme inciso XXXIII, do artigo 5º da Constituição Federal. Contudo, em fontes de origens privadas, deve se atentar a limitação da privacidade do indivíduo. Por essa razão, o acesso à informação, principalmente quando privadas, não é irrestrito. (FARIAS, 2004, p. 166)

1.3 RELEVÂNCIA DAS BIOGRAFIAS À HISTÓRIA NACIONAL

As biografias se constituem como obras escritas que narram a vida de um indivíduo, sua etimologia vem do grego “βιογραφία”, formado pela junção das palavras gregas *bios* e *graphein*, que significam “vida” e “escrever”, respectivamente (KOUTANTOS, s.d). Sua origem histórica remonta à Grécia antiga, principalmente

no seio da cultura helênica, e teve como um dos maiores predecessores o escritor Plutarco, com sua obra “Vidas Paralelas”. Os textos biográficos foram adotados também pelos romanos e posteriormente, na idade média, pela igreja católica, neste último para ressaltar as qualidades de seus “santos”, no que foi chamado de hagiografias. Durante todos esses períodos a biografia não tinha função histórica, não era imposto ao biógrafo um vínculo com a verdade. Seu objetivo principal era de mostrar as ações dos biografados, a fim de que fossem seguidas ou evitadas, mesmo que com isso tivessem de abrir mão da realidade dos fatos. Foi somente na modernidade que as biografias começaram a retratar a vida de determinado indivíduo com uma pretensão para com a verdade das informações apresentadas (SCHMIDT, 2012, p.187-188).

Mesmo sem percorrer caminho tão remoto para compreensão do tema, no voto dos Ministros foram exaltadas as funções sociais e históricas das biografias, alçando como um direito fundamental do povo brasileiro o acesso à sua historiografia nacional e as biografias como fontes da história. Tal garantia é um desdobramento do direito ao acesso à informação – já explicado no tópico anterior –, e por isso se constitui em uma das bases do Estado Democrático de Direito. Contudo, é necessário compreender qual a real relevância das obras biográficas à história e se esse direito à história nacional alcança todos os fatos da vida de uma pessoa.

Embora ainda haja discussões nesse sentido, as biografias não são fontes autônomas da história, ou seja, por si só não servem para construir uma trajetória histórica da época em que viveu o biografado, devem ser contrastadas com outros elementos históricos, a fim de que se tenha uma real compreensão dos usos e costumes do período (OLIVEIRA, 2015, p 171). As biografias, ao contrário do que exposto pelos Ministros, não têm uma relevância histórica tão proeminente, geralmente. Isso porque

A aposta na construção de uma pesquisa no campo da história partindo de uma biografia ou uma trajetória individual pode trazer a falsa ideia de um sucesso garantido. Levando em conta o mercado editorial, esse tipo de publicação representa um grande potencial de vendas. No entanto, no meio acadêmico, no campo da história, as biografias e trajetórias são vistas com cautela e a cada trabalho é colocada a mesma questão: como a análise de uma vida pode contribuir para ampliar o conhecimento sobre determinado assunto no campo da história? (OLIVEIRA, 2015, p. 168-169)

Pode-se compreender, de modo sintético, que esse é o trabalho do biógrafo, colocar um indivíduo – seja uma figura pública ou um completo

desconhecido – como a personagem principal de uma história, sua própria vida. Porém, tal narrativa não se escapa da opinião do biógrafo, isso porque esse tipo de texto mescla a história com a literatura. Não é uma mera narração de fatos, escritos de forma imparcial, mas antes apresenta alguns aspectos da vida de alguém, acrescentando à narrativa a opinião do autor.

O resultado dessa combinação entre fatos e narrativa pessoal do biógrafo pode culminar na construção de personagens, de fato, operada a partir de uma pessoa real, com uma vida real; mas com elementos que não condizem com a realidade. Eventualmente comercializa-se essa história, e para quais fins? Haja vista que, por si só, a história de um único indivíduo não é capaz de remontar o contexto histórico-cultural de sua época. Assim, pode-se conceituar a biografia como:

[...] o meio pelo qual os últimos segredos dos mortos famosos lhe são tomados e expostos à vista de todo mundo. Em seu trabalho, de fato, o biógrafo se assemelha a um arrombador profissional que invade uma casa, revira gavetas que possam conter joias ou dinheiro e finalmente foge, exibindo em triunfo o produto de sua pilhagem. O voyeurismo e a bisbilhotice que motivam tantos os autores quanto os leitores das biografias [...] (MALCOLN, 2012, p. 15-16) (Sem grifo no original)

Embora o uso de metáforas na citação a cima possa ter suado pouco catedrático, ela traz uma constatação bem importante. O motivo dessa ânsia dos leitores em conhecer a intimidade alheia, saber o que o outro faz em suas horas de descanso, fora de sua vida pública; é essa curiosidade, chamada de “voyeurismo” essa tara de observar o que ocorre nos recantos mais ocultos da vida de uma pessoa famosa.

A problemática trazida pela exposição da vida de uma pessoa pode não residir tanto na exposição em si, mas sim no conteúdo exposto. Fatos públicos, notórios e bem repercutidos pela mídia, ou então as funções destacadas na sociedade, exercidas pelo biografado, de certa forma pertence à história de um povo. Tais fatos realmente são de interesse “legítimo” da história. Todavia, qual o propósito de divulgar informações íntimas de uma pessoa ao público em geral? Parece que não pode ser outro, senão alimentar um “voyeurismo” sem sentido das massas.

Não se ignora que há uma enorme dificuldade em estabelecer até onde vai o interesse público na vida de alguém, delimitar até que ponto o “eu” público termina e se inicia o “eu” íntimo. Contudo, a resposta dada à problemática pelo professor de Direito Civil na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Gustavo

Tepedino, também autor do parecer que fundamentou a petição inicial da ADI 4815, não é a mais coerente com a Constituição brasileira. Para o professor Gustavo a liberdade à informação significa que:

A noção há de ser bilateralmente dinâmica. Funciona tanto para o controle dos dados pessoais pelo próprio interessado na sociedade da informação, em que bancos de dados circulam entre fornecedores contendo dados sensíveis dos consumidores ou empregados, como para assegurar o direito de acesso à informação biográfica que, oriunda da trajetória de vida de uma pessoa pública, se confunde com a realidade histórica da sociedade. Significa dizer que, com a voluntária exposição à vida pública ou a cenários de dimensão pública, a pessoa expõe seus dados pessoais, até então recônditos, oferecendo-os ao interesse coletivo, tornando-os notícia ou fato histórico de interesse público. (TEPEDINO, 2016, p. 30-31)

A relevância das biografias à história nacional é bem relativa, não servindo, por si só, como uma fonte para a história de um país ou uma determinada sociedade. Porém, ainda que constem fatos relevantes, os quais poderiam auxiliar na compreensão histórico-cultural, a curiosidade de uma maioria não pode servir como pretexto para se esmiuçar os cantos mais íntimos de uma pessoa, por mais famosa que seja.

Com os conceitos definidos e os princípios envolvidos devidamente delimitados, o presente estudo deve avançar, devendo-se apresentar os elementos da hermenêutica constitucional e, também, a Teoria dos Direitos Fundamentais, fazendo, inicialmente, uma pequena digressão, a fim de expor o horizonte individualista do Direito ocidental moderno.

2 MÉTODOS DE RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO PÓS-POSITIVISMO

A cultura jurídica contemporânea é marcada pela supremacia formal e material da Constituição, de modo que o conteúdo do direito, em especial os direitos fundamentais, irradiam seu sentido e se impõe como horizonte interpretativo para todo o ordenamento jurídico. Essa fase que sucede ao período da legalidade estrita, é frequentemente marcada pela colisão de direitos fundamentais, que demandam formas específicas de resolução de conflitos. (BARROSO, 2015, p. 273-276)

Antes de analisar tais formas, entretanto, é importante compreender a influência do individualismo na maneira de se pensar o direito na cultura ocidental, principalmente para o Direito Positivo.

2.1 HORIZONTE COMPREENSIVO DO DIREITO POSITIVO: INDIVIDUALISMO E COLETIVISMO

Conforme exposto, as normas fundamentais conflitantes, presentes na discussão, são princípios constitucionais, ambos insculpidos no artigo 5º da Carta Magna brasileira. Ademais, estão no mesmo grau de hierarquia. Em razão disso, apresentar critérios de sopesamento e também métodos de interpretação destas normas constitucionais, a fim de que se encontre uma resposta efetiva e justa ao caso concreto, se torna necessário, evitando, assim, uma discussão infinda.

Contudo, antes urge a necessidade de se compreender o processo histórico do pensamento jurídico, haja vista que culminou na forma de se pensar o direito na atualidade. Entender o que funda o direito moderno e quais seus matizes, é essencial para determinar quais interesses prevalecem em uma possível colisão entre normas constitucionais. Por essa razão, há que se apresentar o surgimento do direito, desde os gregos até o direito moderno.

O pensamento sobre o direito e a justiça passa a ser compreendido nas obras clássicas, com Sócrates, Platão e Aristóteles, abandonando a ideia mitológica acerca do fenômeno jurídico. (MASCARO, s.d.). Os conceitos de direito e do justo

estão atrelados à própria condição de ser humano, uma virtude ideal e metafísica, chamada pelos gregos de *areté*. (SILVEIRA; SALLES, 2009, p.07-14).

Com a expansão do cristianismo pelo mundo ocidental, o pensamento jusnaturalista platônico foi amplamente difundido durante a idade média. Entretanto, o “justo” deixa de ser virtude no plano das ideias que estavam ligadas à condição humana e passa a ser uma expressão da vontade divina (MASCARO, s.d). Um dos maiores pensadores desse período foi Tomás de Aquino, baseado nos ensinamentos aristotélicos, entendia que a origem do Estado originou-se da necessidade humana de ser guiado, porém, deve a autoridade se guiar pelas leis positivas, as quais devem expressar a lei natural, ou seja, a divina (SILVEIRA, SALLES, 2009, p. 14). Ademais, há que se ressaltar que para Tomás de Aquino (s.d, L. II, q. 47, a. 10), o fim da coletividade é o bem comum, devendo a vontade individual se sujeitar aos interesses da sociedade.

O fim do pensamento medieval, de suas doutrinas e dogmas veio da necessidade dos pensadores em buscarem na cultura greco-romana subsídios para criarem modelos que rompessem com a concepção do Direito vinculado

[...] a Deus, enquanto que o Estado, por sua dependência ao Direito, também se apoiava naquele princípio transcendental. Com os novos tempos inverteu-se a ordem de subordinação. A partir da concepção ideológica do Estado, fundado este na razão, cogitou-se da ordem jurídica lastreada na ideia de um Direito Natural baseado no homem e não de origem divina. (NADER, 2003, p. 128- 129)

O Estado moderno surge nesse período – embora houveram diversas mudanças em relação à Idade Média – legitimado no poder divino, possuindo uma soberania absoluta e indivisível, com seu centro firmado no monarca. Esse cenário, de um Estado absolutista, só acabou com o advento da revolução no Reino Unido (Revolução Gloriosa), a Independência dos Estados Unidos e a Revolução Francesa, baseadas nos ideais iluministas (BARROSO, 2015, p. 33-34).

O pensamento clássico do direito natural só será desbancado com o surgimento da idade moderna, compreendida aí o início do capitalismo, eis que a nova percepção não coadunava mais com a insegurança de um *jusnaturalismo*.

O direito moderno é previsível, reproduzível, controlável. O jurista, de artista, passa a se considerar técnico, e sua técnica se situa nos limites dos interesses individuais, e a expressão do direito passa a ser estatal. Vem da modernidade, então, a associação imediata e aparentemente indissolúvel entre direito e Estado. O justo passa a ser a aplicação correta da norma estatal. (MASCARO, s.d).

Assim, o pensamento iluminista surge para findar com o antigo regime do absolutismo, legitimando o Estado na vontade dos indivíduos ao invés da vontade de um ser transcendental, findando o pensamento teocêntrico e erigindo a visão antropocêntrica. (FERRAZZO, 2015, p. 129).

Esse pensamento lançou os matizes fundantes de nossa sociedade, e, por conseguinte de todo o ordenamento jurídico. Ressalta-se que conhecer o processo de formação da sociedade é necessário para conhecer a ordem jurídica atual, pois essa é criada visando a proteção dos mesmos interesses que a fundaram. Para tal exame, é imperioso um estudo do pensamento iluminista, principalmente no que tange aos contratualistas. Dentre alguns dos pensadores iluministas, destaca-se Jean-Jacques Rousseau, o qual em sua obra “O Contrato Social” aduz que a sociedade advém de um *pacto social*, celebrado entre os indivíduos. Para Rousseau (2016, p. 32-33) os indivíduos decidiram sair do *estado de natureza*, a fim de que pudessem progredir. Porém, era necessário criar uma instituição que “defenda e proteja com toda a força comum as pessoas e os bens de cada associado, e pela qual cada um, ao unir-se a todos, obedeça somente a si mesmo e continue tão livre quanto antes.”. Corroborando com essa constatação Lafer (1988, p.126) adverte:

Os direitos humanos da Declaração de Virgínia e da Declaração Francesa de 1789 são, neste sentido, direitos humanos de primeira geração, que se baseiam numa clara demarcação entre Estado e não-Estado, fundamentada no contratualismo de inspiração individualista. São vistos como direitos inerentes ao indivíduo e tidos como direitos naturais, uma vez que precedem o contrato social.

Com isso, é perceptível que o Direito visa proteger o indivíduo em sua própria individualidade, pois até mesmo os direitos de segunda geração, tais como: saúde, educação e etc.; são exigidos contra a coletividade, em razão de um sentimento de solidariedade, são exercidos por indivíduos (LAFER, 1988, p. 127).

Percebe-se, então, que a sociedade é um conglomerado de indivíduos, que criaram uma instituição que, embora os unissem, defendesse a individualidade de cada um. Assim, nasce a ideia de sociedade, o resultado da união de pessoas, individualmente compreendidas, sem que com isso abdicassem de sua individualidade e seus direitos (NODARI, 1999, p. 138). Para melhor elucidar essa diferenciação entre os termos “indivíduo” e “sociedade”, Pareto (1984, p. 174) define: “O termo indivíduo é preciso: serve para indicar seres vivos considerados

isoladamente. O termo sociedade é um pouco vago: designa, geralmente, um agregado de tais indivíduos, considerados em seu conjunto”.

Com base nessa ideia de individualismo, advindo dos pensamentos iluministas, surge uma nova doutrina para compreender o fenômeno jurídico, o *juspositivismo*, em que o direito é a lei posta pelo Estado e o jurista, seu mero aplicador. (MASCARO, s.d)

De fato, com muitas variações, o juspositivismo é a doutrina comum da filosofia do direito contemporânea. O jurista médio investiga o mundo das leis estatais, propõe até mudanças em certas leis, toma partido dos direitos humanos contra os abusos totalitários, mas nunca põe em xeque o próprio direito positivo. O fetiche juspositivista burguês encontra dúplice raiz na história da filosofia do direito: Kant fornece sua inspiração e sua estrutura individualista burguesa, por meio do direito natural universal; Hegel fornece seu método de concreção, por meio do Estado burguês (MASCARO, s.d).

Não se pretende fazer juízo de valor acerca do individualismo no ordenamento jurídico, o que se apresenta é uma mera constatação de uma realidade individualista no pensamento jurídico ocidental. É nítido que os ideais iluministas ainda imperam em nosso ordenamento jurídico, pois

[...] foi engendrada por longo processo interativo de fatores, como: o modo produtivo capitalista, a organização social burguesa, a projeção doutrinária liberal-individualista e a consolidação política da centralização estatal. [...] Constrói-se, neste sentido, a teoria e a prática jurídicas assentadas sobre uma concepção individualista, patrimonial e científica [...] (WOLKMER, 2009, p. 122-123)

A partir das lições indicadas, fica claro que a construção do direito moderno se deu com fundações liberais, focadas na proteção da individualidade de cada ente (indivíduo) fundante da todo (sociedade), criador desta estrutura jurídica. Isso se deu por uma necessidade de erigir uma sociedade de consumo, que pudesse escolher livremente de quem e o que comprar.

Não é questão de afirmar que o interesse de um indivíduo é superior ao de uma coletividade, questão por demais complexa, mas sim, de problematizar a adaptação dos instrumentos jurídicos conforme interesses específicos, ou por conveniências, hipótese que se pretende verificar no andamento dessas reflexões.

2.1.1 A dicotomia público *versus* privado: o controle de informações pessoais.

A fim de complementar a questão do individualismo, impende a explicação acerca da dicotomia do ser em: “indivíduo público” e do “indivíduo privado”. Porém, não é um exercício simples, há uma extrema dificuldade em estabelecer um marco delimitador entre estes dois conceitos. Definir até que ponto a vida de uma pessoa pode ser publicizada e até onde essa exposição se cessa, não é uma tarefa fácil, pois há muitos elementos subjetivos e até mesmo abstratos, que devem ser levados em consideração. Todavia, em que pese as dificuldades conceituais, encontrar o limite entre essas duas esferas não é o objetivo, antes demonstrar que essa divisão ocorre de fato na vida de cada indivíduo.

Os conceitos em voga neste tópico são bem conhecidos, o público e o privado. Contudo, não se pretende aqui debater acerca da distinção entre os interesses governamentais e os interesses de mercado, como os conceitos *a priori* remetem. O que se almeja demonstrar é que há distintas dimensões de subjetividade que constituem em dois espectros de comportamento: um mais exposto, pelo qual se apresenta perante os demais integrantes da sociedade e o outro mais restrito, do qual pode deliberar quais pessoas podem ou não compartilhar.

Uma forma de divisão ocorreu também na Grécia antiga, onde havia uma diferença bem marcante entre os espaços públicos e os privados, embora não na acepção contemporânea dos termos. Para os gregos, a esfera “familiar” ou privada, era o local onde o indivíduo buscava a sobrevivência no convívio com o outro. Embora nessa esfera da vida houvesse um contato com outras pessoas, o fim almejado era a satisfação das necessidades e carências. Em contra partida, a esfera da *polis*, o que se pode entender como o espaço público, “era a esfera da liberdade, e se havia uma relação entre essas duas esferas era que a vitória sobre as necessidades da vida em família constituía a condição natural para a liberdade na *polis*” (ARENDT, 2007, p. 37-41). Porém, na sociedade moderna esses termos sofreram severas mudanças, podendo a esfera pública ser compreendida como

[...] um espaço complexo de fluxos de informação em que “ser público” significa “estar visível” nesse espaço, ser capaz de ser visto e ouvido pelos outros. Ela é, para usar a expressão de Hannah Arendt, um “espaço de aparição” onde o simples fato de aparecer confere às palavras e ações um

tipo de realidade que elas não tinham antes, justamente porque agora são vistas e ouvidas por outras pessoas. No entanto, ao contrário da noção clássica grega de domínio público, este espaço de aparição não tem características espaciais – é, na verdade, desespacializa do, justamente porque é constituído por formas mediadas de comunicação agora não-dialógicas e desespacializadas por princípio. (THOMPSON, 2010, p.29)

De outro modo, a esfera privada, na compreensão moderna do termo, se refere ao espaço que o indivíduo pode manter um controle ao acesso de olhares de terceiros. Ao contrário do público, na esfera privada esse controle pode ser tanto de espaço físico, como já explicado sobre o direito de ser deixado só; quanto de informações mais íntimas da vida de uma pessoa. (THOMPSON, 2010, p. 30)

Ainda fazendo digressões acerca da repartição do ser, Dussel (2007, p. 21) defende que o indivíduo, exerce sua intersubjetividade de formas distintas, ou seja, o ser é único, porém a sua forma de atuação perante os demais sujeitos se difere. Assim, para Dussel, o público é o campo onde há visibilidade das ações, local no qual se encerra a privacidade em um contato com os “outros” sujeitos. Em contra partida, o privado se compreende como:

[...] o agir do sujeito em uma posição intersubjetiva tal que se encontre protegido da presença, de olhar, do ser agredido pelos outros membros dos múltiplos sistemas intersubjetivos dos quais forma parte. Seria uma prática externa ao *campo político*. Na relação privada, há sempre participantes (ao menos dois) que não fazem o outro perder o caráter privado da relação. São os participantes da esfera dos “próximos”, dos “nossos”, dos “próprios”, dos “habituais”, dos “familiares”. É por isso que, sistêmico-institucionalmente, fala-se frequentemente da família, dos que se encontram “para-dentro” das paredes do lar; paredes que nos separam do “estranho”, “alheio”, “exterior”; dos “elementos”, do “perigo”, que deve ter aterrorizado o ser humano nos tempos primitivos. (DUSSEL, 2007, p. 21)

Como já é notório, a transposição do “rio rubicão”⁹ na esfera privada ocorre cotidianamente e essa intromissão acontece de duas formas: a primeira, com a intrusão de um terceiro, caso em que haveria necessariamente uma ilicitude na conduta; a segunda, ocorreria sem ilicitude, ou seja, o terceiro adquiriu as informações privadas por meio da confiança, porém, posteriormente abusou da confiança, expondo a intimidade de quem lhe confiou (COSTA JR., 2007, p.26).
Ocorre que

⁹ Uma metáfora à cena histórica de Caio Júlio César atravessando o rio rubicão, que delimitava o início da região da Gália Cisalpina, onde Júlio César era governador. As leis romanas não permitiam que legiões romanas adentrassem o território de Roma. Sendo assim, Júlio César, antes de atravessar o rio rubicão, pronunciou “*lacta alea est*” (o dado foi lançado). O que culminou em uma guerra civil e, posteriormente, o reestabelecimento do império em Roma. (OLIVEIRA, 2015, p. 404)

Numa, a intimidade é agredida, porque violada. Noutra, a intimidade é lesada, porque divulgada. No primeiro caso, a aquisição das notícias íntimas é ilegítima. No segundo, embora legítima a aquisição das notícias, não é lícita a ulterior revelação. Aqui, a violação opera de dentro para fora, ao serem difundidas as intimidades legitimamente conquistadas. Acolá, a violação se faz de fora para dentro no instante da interferência indevida (COSTA JR., 2007, p. 26).

O indivíduo não pode ser compreendido como um ser constituído de uma única esfera de atuação na sociedade, pois, quando suas ações não se destinam ao conhecimento do público, dos demais sujeitos, essa escolha deve ser respeitada. Por essa razão, o ordenamento jurídico pátrio dá um relevo especial à privacidade do indivíduo, estabelecendo-a como um limite ao direito de informação de terceiros alheios.

2.2 PÓS POSITIVISMO E HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Antes de se prosseguir com os estudos, se torna de suma importância delimitar alguns conceitos e técnicas relativas à hermenêutica constitucional. E sabendo-se que a complexidade da matéria não permite alcançar seu exaurimento, busca-se apenas uma aproximação para reunir pressupostos fundamentais ao seguimento deste estudo. Nesse sentido, há destaques que devem ser feitos, em especial com relação ao termo “elemento”. Embora muitos doutrinadores utilizem os termos “técnicas” ou “métodos” da hermenêutica constitucional, a palavra “elemento”, nesse contexto, é a mais adequada. Isso porque a utilização de determinado método ou técnica, eventualmente, pressupõem a exclusão das demais categorias. Porém, como será esboçado, há elementos da hermenêutica podem ser aplicados em conjunto, sem a exclusão de outros. Por essa razão, o termo “elemento” será a definição adotada neste tópico (BARROSO, 2015, p. 325).

Haja vista que o sistema jurídico brasileiro é de tradição romano-germânica, ou seja, um sistema *civil law*, as normas positivadas se tornam as principais fontes do Direito. Por essa razão, um elemento interpretativo que busque o sentido das palavras constantes no enunciado, é demasiadamente intuitivo. Essa categoria, calcada na gramática, na semântica ou na literalidade das palavras é a interpretação léxica da norma (BARROSO, 2015, p.326). Esse elemento “consiste na

definição do significado dos termos usados pelo legislador, mediante a análise e a comparação dos contextos linguísticos nos quais tais termos são empregados” (BOBBIO, 1995, p.214).

Acreditava-se que essa atividade do intérprete poderia ser desenvolvida sem nenhum tipo de complexidade, quando a norma fosse clara e deixasse margem para apenas uma interpretação literal do texto¹⁰. Porém, em alguns casos, as normas trarão uma complexidade nas palavras empregadas, tanto em sua construção gramatical, quanto nos diversos sentidos que determinado termo pode alcançar (BARROSO, 2015, p. 326). Esse elemento está voltado para o “significado das palavras, que se examinam isoladamente ou no contexto da frase” (BONAVIDES, 2006, p.440). Todavia,

[...] deve-se enfatizar sua contrapartida: os conceitos e possibilidades semânticas do texto figuram como ponto de partida e como limite máximo da interpretação. O intérprete não pode ignorar ou torcer o sentido das palavras, sob pena de sobrepor a retórica à legitimidade democrática, à lógica e à segurança jurídica. A cor cinza pode compreender uma variedade de tonalidades entre o preto e o branco, mas não é vermelha nem amarela (BARROSO, 2015, p. 326).

Com a metáfora encerrando a passagem acima, fica mais nítida a compreensão de que o elemento lexical é insuficiente para uma interpretação mais acertada, porém deve ser reconhecido como uma limitação às arbitrariedades criativas daquele que interpreta a norma (BARROSO, 2015, p. 326 – 327).

As normas são apenas instrumentos para a concretização de determinados objetivos elencados na Constituição Federal¹¹ (BARROSO, 2015, p. 331), havendo uma lógica, um raciocínio daquele que elabora a norma (NADER, 2013, p. 276). Assim, um elemento interpretativo que ganha relevância é o teleológico. O elemento teleológico, então, auxilia o intérprete na busca da

[...] *ratio legis*, isto é, no motivo ou finalidade para os quais a norma foi posta. Partindo do duplo pressuposto que o legislador, como ser razoável, se coloque fins e estabeleça meios idôneos a serem atingidos, uma vez individualizado o fim do legislador, este pode dar aqui esclarecimentos

¹⁰ Nesse sentido, foi fundamental a contribuição de Carlos Maximiliano (2011, p. 193) ao evidenciar que até mesmo enunciados com um conteúdo expresse comportam uma análise de acordo com os fins da norma e valores jurídicos e sociais que deram fundamento à regra.

¹¹ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

sobre as modalidades de sua consecução, isto é, sobre o conteúdo da lei (BOBBIO, 1995, p. 214. (Grifo no original).

A interpretação teleológica da norma põe o intérprete em uma posição ativa em relação ao direito, buscando configurar um sentido, um fim ao dispositivo que se está analisando. Ela parte da observação das consequências da norma no mundo tangível para o direito em si, ou seja, uma interpretação de fora para dentro. Para o intérprete a norma deve ter sempre um fim social, visando o bem comum, ainda que não tenham sido alcançados (FERRAZ JR., 2015, p. 254).

Entretanto, tal elemento pode conduzir o intérprete a caminhos tortuosos e pode levá-lo ao utilitarismo da norma em detrimento aos direitos fundamentais, previstos na Constituição. Há um perigo de que o intérprete, por meio de uma lógica puramente focada nas consequências da norma no mundo tangível, possa deixar de lado valores e princípios do ordenamento jurídico pátrio. Por essa razão, esse elemento deve ser também axiológico, interpretando a norma pelos seus fins e pelos seus valores (BARROSO, 2015, p. 331).

O terceiro elemento da hermenêutica constitucional é a interpretação sistemática do direito. Torna-se de suma importância observar esse elemento, pois a norma que se está a examinar é parte integrante de um todo (BARROSO, 2015, P. 329-330), isso

[...] implica não só no pressuposto da racionalidade do legislador, como também no pressuposto de que a vontade do legislador seja unitária e coerente. Com base em tal pressuposto pode-se procurar esclarecer o conteúdo de uma norma, considerando-a em relação as outras (BOBBIO, 1995, p. 214)

O elemento sistemático-teleológico consiste na atividade do intérprete de comparar determinado enunciado normativo com outro da mesma lei, ou de uma outra lei diversa, desde que sejam referentes ao mesmo objeto (MAXIMILIANO, 2002, p.104-105). Essa comparação possibilita a “verificação do Direito como um todo, averiguando todas as disposições pertinentes ao mesmo objeto e entendendo o sistema jurídico de forma harmoniosa e interdependente” (CANFÃO, 2013, p. 9).

Ainda que no último elemento apresentado se pretenda uma coesão do sistema jurídico, buscando o objetivo da norma em seu contexto sistêmico, esse recurso não alcança o contexto histórico da norma. Por essa razão emerge o terceiro elemento hermenêutico. Essa interpretação consiste na análise de outros documentos extraleais, como os trabalhos preparatórios dos parlamentares, para que se identifiquem as intenções do legislador na criação da norma (BOBBIO, 1995,

p.215). Porém, há que se tomar certo cuidado com a interpretação histórica da norma, pois,

À medida que a Constituição e as leis se distanciam no tempo da conjuntura histórica em que foram promulgadas, a vontade subjetiva do legislador (*mens legislatoris*) vai sendo substituída por um sentido autônomo e objetivo da norma (*mens legis*), que dá lugar, inclusive, à construção e à interpretação evolutiva (BARROSO, 2015, p. 328).

Obviamente, não há como utilizar apenas o elemento histórico a fim de dar um sentido a norma, pois, ao Direito, a história da criação da norma em si não tem muita relevância. O que se torna importante à interpretação é a análise histórico-teleológica, assim como no método sistêmico, se pretende alcançar o sentido da norma de acordo com seu contexto histórico (BONAVIDES, 2006, p. 445-446).

Apresentados alguns elementos da hermenêutica constitucional, o hermeneuta pode chegar a três resultados ao interpretar a norma, a saber: a interpretação declarativa, a restritiva e a extensiva. Porém, não são apenas meros resultados casuísticos, podem, inclusive, ser programadas para determinadas situações que exijam determinadas consequências interpretativas.

O primeiro destes resultados interpretativos é o Declarativo, ocorre quando o grau de clareza das palavras e do raciocínio da norma é tão alto que a interpretação da norma coincide com a literalidade do enunciado normativo (BONAVIDES, 2006, p. 444). Assim, é possível dizer que “na interpretação especificadora, a letra da lei está em harmonia com a *mens legis* ou o espírito da lei, cabendo ao intérprete apenas constatar a coincidência” (FERRAZ JR., 2015, p. 255).

Outro resultado a que pode chegar o hermeneuta é a interpretação Extensiva. Essa é a hipótese que o intérprete amplia o alcance dos termos empregados no enunciado normativo, em decorrência de uma vagueza ou impropriedade no uso das palavras (NADER, 2013, p. 270). Nesse mesmo passo, Ferraz Jr. (2015, p. 258-259) aduz:

[...] desse modo estará respeitada a *ratio legis*, pois o legislador (obviamente, o legislador racional) não poderia deixar de prever casos que, aparentemente, por uma interpretação meramente especificadora, não seriam alcançados.

Assim, se a mensagem normativa contém denotações e conotações limitadas, o trabalho do intérprete será o de torná-las vagas e ambíguas (ou *mais vagas* e *ambíguas* do que são em geral, em face da imprecisão da língua natural de que se vale o legislador). (grifo no original)

Percebe-se que a interpretação extensiva não fere a vontade do legislador, antes, serve como um instrumento para que o intérprete consiga dar uma

amplitude para norma a mais casos que não foram expressamente mencionados pelo enunciado da norma. Porém, em alguns casos, o próprio legislador (ou a doutrina, interpretando de forma sistemática) mitiga a possibilidade de uma interpretação extensiva de determinado enunciado. É o que ocorre com as normas penais, por exemplo, as quais se deve evitar tal ampliação em seu sentido (FERRAZ JR., 2015, p. 259-260).

O último resultado possível no momento da interpretação é a interpretação Restritiva. Essa, ao contrário da interpretação extensiva, “ocorre toda a vez que se limita o sentido da norma, não obstante a amplitude de sua expressão literal. Em geral, o intérprete vale-se de considerações teleológicas e axiológicas para fundar seu raciocínio” (FERRAZ JR., 2015, p. 256).

Ocorre, principalmente, quando a amplitude das palavras empregadas no enunciado da norma foi indesejada, “a lei diz mais do que pretendeu o legislador” (BONAVIDES, 2006, p. 444). Todavia, em determinadas situações, a interpretação restritiva se impõem ao intérprete. Isso porque,

[...] a mera interpretação especificadora não atinge os objetivos da norma, pois lhe confere uma amplitude que prejudica os interesses, ao invés de protegê-los. Assim, por exemplo, recomenda-se que toda norma que restrinja os direitos e garantias fundamentais reconhecidos e estabelecidos constitucionalmente deva ser interpretada restritivamente. O mesmo se diga para as normas excepcionais: uma exceção deve sofrer interpretação restritiva. No primeiro caso, o *telos* protegido é postulado como de tal importância para a ordem jurídica em sua totalidade que, se limitado por lei, esta deve conter, em seu espírito (*mens legis*), antes o objetivo de assegurar o bem-estar geral sem nunca ferir o direito fundamental que a constituição agasalha. No segundo, argumenta-se que uma exceção é, por si, uma restrição que só deve valer para os casos excepcionais. Ir além é contrariar sua natureza. (FERRAZ JR., 2015, p. 256-257).

Assim, normas que limitam direitos fundamentais devem ser interpretadas de forma restritiva, ou seja, restringindo a amplitude de situações que a norma poderia alcançar. Porém, na colisão entre Direito à Liberdade de Expressão e à Informação *versus* Direito à Privacidade, ambos se limitam reciprocamente. Dessa forma, são necessários critérios específicos para decidir qual prevalecerá em determinado caso. Por essa razão, o final deste tópico servirá à apresentação de tais critérios.

Embora se refute uma sobreposição de um princípio sobre os demais *a priori*, não se olvida que o Direito à Liberdade de Expressão é corolário do Estado Democrático de Direito e que a ele tem sido outorgado uma posição preferencial às demais garantias (SARLET; MARINONI; MITIDIEIRO, 2016, p. 496). Embora seja

uma garantia de suma importância para manutenção do Estado de Direito, a garantia à liberdade de expressão não é absoluta, tanto que os doutrinadores concordam que a liberdade de expressão não pode sofrer uma censura prévia, sob pena de colocar em xeque o próprio Estado Democrático de Direito e por essa razão deveria ser interpretada em seu sentido mais amplo possível. Todavia, advertem:

O problema de uma definição demasiadamente ampla de censura, como abarcando toda e qualquer restrição à liberdade de expressão, é de que ela acabaria por transformar a liberdade de expressão em direito absoluto, o que não se revela como sustentável pelo prisma da equivalência substancial da pessoa humana e os direitos de personalidade. (SARLET; MARINONI; MITIDIEIRO, 2016, p. 497-498)

Seguindo a mesma linha de raciocínio, De Farias (2000, p. 178-179) alude que a posição preferencial da liberdade de expressão pode ser mitigada, desde que sejam observados alguns critérios:

[...] o primeiro diz respeito à referida exigência da verdade na comunicação de fatos, objeto do direito à informação, que se concretiza no dever de comprovação da notícia. Para a jurisprudência tedesca, esse dever de comprovação da veracidade depende: “do caráter da notícia, da valoração da mesma e da forma como se apresenta. Tudo isso presidido sempre pelo princípio de que a comprovação seja possível e o erro fosse evitável”. (2) A liberdade de expressão e informação deverá estar a serviço da formação da opinião pública, o que vai depender do caráter do assunto objeto da comunicação no caso concreto. Porém, é o tribunal quem resolve. Em cada caso, quando se está perante um tema de interesse da opinião pública. “A mera inclusão de uma notícia em um meio de informação não é suficiente para afirmar seu interesse para a opinião pública, senão que são os tribunais os que apreciarão tal caráter na notícia em questão”. (3) Por último, o Tribunal Constitucional Alemão condiciona a preponderância da liberdade de expressão e informação ao controvertido critério da finalidade perseguida pelo sujeito. Ou seja, “para poder apreciar o interesse público, exige que a atividade dirija-se a incidir na formação da opinião pública e não no interesse de tipo privado”.

Dentre os três critérios apresentados pelo autor, se destacam o segundo e o terceiro. Observa-se que não são todos os dados que se sujeitam ao direito à informação, necessitando a presença de certa relevância pública. O acesso às informações íntimas dos indivíduos, que quando disseminadas nada contribuem ao interesse público, antes servem apenas para deleite de um interesse puramente privado, embora de uma coletividade, não merecem resguardo. Corroborando com a citação exposta acima, arguem Sarlet, Marinoni e Mitidieiro (2016, p. 498):

Por outro lado, tomando-se também a liberdade de expressão como abarcando as diversas manifestações que lhe são próprias, a liberdade de manifestação do pensamento, a liberdade de comunicação e de informação (relacionadas com a liberdade de imprensa), a liberdade de expressão artística, apenas para citar as mais importantes, verifica-se que uma distinção entre censura e outras modalidades de restrição (que poderão, a depender do caso, ser constitucionalmente justificadas)[...]. De qualquer

modo, na esteira do que entre nós lembra Daniel Sarmento, uma orientação geral e importante a ser observada é a de que apenas em hipóteses absolutamente excepcionais são admissíveis restrições prévias ao exercício da liberdade de expressão, quando em causa a proteção de direitos ou outros bens jurídicos contrapostos [...]

Dessa forma, é nítida a observação de que o Direito à Liberdade de Expressão e à Informação não são absolutos, embora sejam de grande importância para o Estado de Direito. Podem sofrer restrições, inclusive de forma prévia, com vista à proteção de outros bens jurídicos tutelados pela Constituição Federal Brasileira, como é o caso da dignidade da pessoa humana. Para isso podem ser arguidos os critérios apresentados.

2.3 TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE

O presente tópico se dedica a apresentar a Teoria dos Direitos Fundamentais, proposta pelo alemão Robert Alexy, principalmente, no que tange à máxima da proporcionalidade. Considera-se importante mencionar a teoria do referido doutrinador, eis que é amplamente difundida nos meios acadêmicos e na fundamentação das jurisprudências pátrias, de modo que mencionar colisão de direitos fundamentais, exige do pesquisador a atenção a esta que é uma das principais influências no assunto, no âmbito do direito ocidental contemporâneo. Assim, primeiramente, há que se tomar certos cuidados com a “importação” de teorias criadas por estrangeiro, quando advieram de uma análise dos nuances de outro sistema legal, que não o brasileiro. A Teoria dos Direitos Fundamentais decorreu de uma análise da constituição alemã, devendo-se utilizá-la com certa cautela, compreendendo que há nuances no sistema jurídico brasileiro distintas daquelas presentes no ordenamento alemão. A teoria dos Direitos Fundamentais

Tem uma tripla interação com a jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão sobre os direitos fundamentais; a identifica, a sistematiza e a explica desde o ponto de vista dogmático, e, finalmente, contribui a ela. Isto pode mostrar-se com a ajuda de um exemplo, referente ao princípio da proporcionalidade. A utilização deste princípio, como critério para aplicar os direitos fundamentais da Lei Fundamental, se remonta a algumas das

primeiras sentenças do Tribunal Constitucional Alemão. (BERNAL PULIDO, 2007, p. XXVIII. Tradução livre do autor)¹²

A Teoria em questão foi proposta com base em jurisprudências e na Constituição alemã, porém, tomou proporções bem mais amplas, abrangendo todo o modo de se pensar o Direito ocidental. E é no cerne desta teoria que se encontra um de seus elementos mais relevantes, e que é de suma importância para o presente trabalho, qual seja: a Máxima da Proporcionalidade.

É mister que seja feita uma pequena digressão ao tema, a fim de que seja delimitado o uso de certa terminologia, sempre objetivando a melhor compreensão do trabalho. Isso porque, a utilização da expressão “princípio” da proporcionalidade não é a mais acertada, pois, tal termo pressupõe a existência de um enunciado, o que não é o caso. Por essa razão, o uso do termo “máxima” é mais adequado, pois se apresenta como um método sistematizado, com objetivo de estabelecer regras de solução de colisões entre princípios.

Antes de adentrar ao tema central deste tópico, é necessário apresentar uma diferença conceitual, sem a qual não há como explicar a teoria de Alexy. Essa diferença conceitual consiste na distinção entre Regras e Princípios. As regras e os princípios são espécies de normas, pois “ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição” (ALEXY, 2008, p. 87).

Existem critérios tradicionais que auxiliam na distinção entre regras e princípios, tais como: a generalidade, pela qual os princípios são mais abstratos que as regras; a forma de surgimento; caráter explícito do seu conteúdo valorativo entre outros. Todavia, tais critérios os distinguem apenas em grau, levando a um entendimento equivocado de que regras e princípios possuem, apenas, diferenças gradativas. Entretanto, há um critério que pode distingui-los qualitativamente, por meio do qual o princípio é compreendido como um mandamento de otimização. Significa dizer que os princípios prescrevem ordenanças que devem ser realizadas

¹² Tiene una triple interacción con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán sobre los derechos fundamentales: la identifica, la sistematiza y explica desde el punto de vista dogmático, y, finalmente, aporta a ella. Esto puede mostrarse con la ayuda de un ejemplo, relativo al principio de proporcionalidad. La utilización de ese principio, como criterio para aplicar los derechos fundamentales de la Ley Fundamental, se remonta a algunas de las primeras sentencias del Tribunal Constitucional Alemán

“na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes” (ALEXY, 2008, p. 85-90). As regras, ao contrário,

[...] são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível (ALEXY, 2008, p. 91).

Essa distinção fica ainda mais evidente quando observado os meios de solução de conflitos entre as regras e princípios entre si. O conflito entre regras pode ser solucionado por meio de duas maneiras. A primeira se estipula uma cláusula de exceção à regra. Assim, dois enunciados, os quais se contradiziam, são harmonizados, por meio dessa cláusula de exceção. Caso não for possível estipular uma exceção, “uma das regras tem que ser declarada inválida e, com isso, extirpada do ordenamento jurídico” (ALEXY, 2008, p. 92). Por outro lado,

As colisões entre princípios devem ser solucionados de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido – um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta (ALEXY, 2008, p. 93-94).

Tendo em vista que é necessário sopesar os princípios que estão em conflitos, a fim de que seja solucionado, Alexy apresenta a “lei da colisão”, na qual propõe o método do sopesamento. Primeiramente, os interesses envolvidos no conflito estão no mesmo nível, não há uma precedência de um princípio sobre o outro de forma absoluta. Assim, para se resolver esse conflito se faz necessário estabelecer critérios, com base nos fatos concretos do caso apresentado, o que será chamado de precedência condicionada. Embora os princípios colidentes estejam no mesmo patamar, deve o julgador estabelecer certas condições de acordo com o caso concreto. Significa dizer que quando houverem determinadas condições em determinado conflito, um dos princípios terá precedência sobre o outro, o contrário ocorreria caso essas condições não fossem evidenciadas em concreto (ALEXY, 2008, p. 94-99).

Conforme já explicado, princípios são “mandamentos de otimização”, que devem ser satisfeitos dentro das possibilidades jurídicas e fáticas, além de se encontrarem no mesmo nível de hierarquia. Por essa razão, deve o julgador dispor de um método para decidir qual princípio deve prevalecer no caso concreto, o que

se faz por meio da lei da colisão. Assim, da natureza dos princípios decorre a máxima da proporcionalidade. A máxima da proporcionalidade pode ser tripartida em: máxima da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito (ALEXY, 2008, p. 116-117).

A máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. Já as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades *fáticas* (ALEXY, 2008, p. 118). (Grifo no original)

Primeiramente, uma explicação mais didática exige que sejam explicadas as três máximas que compõem a máxima da proporcionalidade de forma sistemática, porém buscando não perder a essência da doutrina de Alexy.

A máxima da proporcionalidade em sentido estrito consiste na necessidade de se fazer uma ponderação entre princípios conflitantes, decorrente “da relativização em face das possibilidades jurídicas”. Os limites de aplicação de um dos princípios conflitantes dependem do outro princípio inserido no conflito. É uma exigência que decorre da própria natureza dos princípios. As demais máximas que compõem a proporcionalidade (*latu sensu*) foram explicadas, de forma magistral, por meio de suposições lógicas de conflitos entre princípios, com o uso de uma análise zetética. Assim, para escapar de uma compreensão superficial do tema, será necessário transformar as explicações (pela zetética) de Alexy em conceitos mais concisos. Não que com isso se desautorize, neste tópico, a utilização de certos exemplos para melhor elucidação (ALEXY, 2008, p.117).

A segunda máxima que compõe a proporcionalidade (*latu sensu*) consiste na análise da adequação de determinadas medidas à concretização dos interesses envolvidos no conflito. Assim, deve o julgador adotar as medidas mais adequadas para ambos os princípios (ALEXY, 2008, p. 120). Assim,

[...] o aspecto de otimização presente na máxima da adequação não aponta para um ponto máximo. Essa máxima tem, na verdade, a natureza de um critério negativo. Ela elimina meios não adequados. Um tal critério negativo não determina tudo, mas exclui algumas coisas. [...] Como elemento de uma ordem como essa, ele exclui algumas coisas – a saber: aquilo que não é adequado – sem, com isso, determinar tudo (ALEXY, 2008, p.590).

Por último, a decisão de sopesamento entre os princípios deve o julgador adotar medidas que possibilitem a satisfação dos interesses envolvidos no conflito. Assim, o julgador deve prestigiar medidas que sejam mais brandas em relação aos princípios colidentes. Pode se entender, então, que “ela exige que, dentre dois

meios aproximadamente adequados, seja escolhido aquele que intervenha de modo menos intenso” (ALEXY, 2008, p. 590), ou seja, a máxima da necessidade privilegia a escolha de determinadas medidas na decisão que menos afetem os princípios (ALEXY, 2008, p. 119).

Percebe-se que a máxima da proporcionalidade, é decorrente da própria natureza dos princípios, devendo o julgador realizar uma ponderação no caso concreto, a fim de que decida qual princípio terá uma precedência sobre o outro. Essa ponderação deve aplicar medidas concretas para efetivação dos interesses conflitantes, observando a sua adequação e a utilização de meios “menos restritivos”.

Como já mencionado, os princípios não possuem uma hierarquia entre si, não há uma precedência absoluta e prévia, deve o julgador se utilizar das regras da colisão, já explicadas. Porém, há um princípio que possui uma natureza diferenciada e por essa razão possui uma precedência absoluta *prima facie* em possíveis colisões com outros princípios (ALEXY, 2008, p. 97).

Obviamente, estabelecer um conceito à dignidade da pessoa humana não é uma tarefa simples de se realizar. Porém, Alexy (2008, p. 355) conceitua a dignidade da pessoa humana como “um feixe de condições concretas, que devem estar (ou não podem estar) presentes para que a dignidade da pessoa humana seja garantida.”. Apresentando a concepção de dignidade da pessoa humana, formulada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, cita:

O Tribunal Constitucional Federal resume sua concepção por meio de sua fórmula acerca da natureza humana. Segundo essa fórmula, a norma da dignidade humana está “baseada na compreensão do ser humano como um ser intelectual e moral, capaz de se determinar e de se desenvolver em liberdade”. [...] Aqui interessa apenas o fato de que o conceito de liberdade desempenha um papel central nessa fórmula e sustentar que, se esse conceito não desempenhar nenhum papel, não se trata de uma concepção de dignidade (ALEXY, 2008, p. 356).

Embora possa parecer contraditório frente à hipótese arguida neste trabalho, não se ignora que o princípio formal à Liberdade, sim, é um corolário da dignidade da pessoa humana e mereceu um destaque dentro da Teoria dos Direitos Fundamentais. Entretanto, o conceito de liberdade utilizado por Alexy tem um sentido muito mais amplo do que a liberdade de se expressar e de se informar alcançar. Para Alexy (2008, p. 343-344).

[...] o direito geral de liberdade pode, para além da proteção de ações, ser estendido à proteção de situações e posições jurídicas do titular de direitos

fundamentais. Portanto esse direito não protege apenas o seu “fazer”, mas também o seu “ser” fático e jurídico.

Significa dizer que o conceito de liberdade foi empregado não apenas para englobar a proteção contra as ingerências na liberdade de fazer ou deixar de fazer algo, mas, também, alberga uma defesa ao desenvolvimento da personalidade do indivíduo. Assim, possibilitando que o indivíduo seja livre para manter e desenvolver sua própria individualidade (ALEXY, 2008, p. 364-367).

Conforme uma leitura mais ampla e panorâmica, esse princípio da liberdade como condição da dignidade da pessoa humana se trata da garantia do indivíduo gozar de sua individualidade, podendo fazer, deixar de fazer ou ser aquilo que bem entender, sem ingerências externas (ALEXY, 2008, p. 357). Porém, há que se considerar que o indivíduo não goza de

[...] uma liberdade ilimitada, mas uma liberdade de um “indivíduo referido e vinculado a uma comunidade”[...] “o indivíduo tem que se conformar com as restrições à sua liberdade de ação, impostas pelo legislador com o objetivo de manter e fomentar a convivência social dentro dos limites daquilo que é razoavelmente exigível diante das circunstâncias e desde que a independência da pessoa seja preservada”. Essa fórmula, na qual se vislumbra a máxima da proporcionalidade, não apenas diz que a liberdade é restringível, mas também que ela restringível somente diante da presença de razões suficientes. Esse é exatamente o conteúdo do princípio da liberdade negativa, pois, enquanto *princípio*, ele não outorga uma permissão definitiva para fazer ou deixar de fazer tudo o que se quer; ele tão somente sustenta que todos podem fazer ou deixar de fazer o que quiserem, desde que não existam razões suficientes (direitos de terceiros, interesses coletivos) que fundamentem uma restrição na liberdade negativa. (ALEXY, 2008, p. 357) (Grifo no original)

Além de não ser um princípio absoluto, a liberdade não é a única condição para que a dignidade da pessoa humana seja alcançada. Existem outras condições que necessitam ser satisfeitas para que alcance a dignidade. Essas condições, para Alexy, são de ordem material, pois “determinam, nos casos de colisão, o peso relativo do princípio da liberdade negativa no caso concreto, levando-se em conta também outros princípios” (ALEXY, 2008, p. 359). Dentre essas condições materiais, pode-se citar a proteção à privacidade. Assim, para se alcançar um conceito mais correto de dignidade da pessoa humana, deve-se realizar um sopesamento entre as condições materiais face a liberdade negativa do indivíduo, sendo que o primeiro irá determinar o peso que essa liberdade terá. (ALEXY, 2008, p. 359)

Assim, percebe-se que a dignidade da pessoa humana, na teoria de Alexy, se constitui uma exceção, possuindo uma precedência absoluta *prima facie*

frente a outros princípios (ALEXY, 2008, p. 97). Portanto, conclui-se da leitura da teoria que para se contemplar as condições necessárias à dignidade da pessoa humana é necessário realizar sopesamentos entre as condições que necessitam ser satisfeitas para se alcançar a dignidade. Com o resultado desse sopesamento pode-se chegar a tais preceito.

Haja vista o que até agora foi debatido, não há como colocar um dos princípios colidentes na ADI nº 4.815 com uma precedência incondicionada sobre o outro, pois ambos fazem parte do conceito de dignidade da pessoa humana. Sendo assim, será necessário aplicar a máxima da proporcionalidade e a lei da colisão, a fim de definir qual deve preceder o outro, porém, de forma condicionada e ponderada.

Apresentados os princípios e seus nuances, os elementos da hermenêutica constitucional e a Teoria dos Direitos Fundamentais, faz-se necessário realizar um estudo de caso, aplicando todo o aporte teórico exposto em uma análise da decisão proferida na ADI nº 4.815.

3 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.815: UM ESTUDO DE CASO DA ADI 4.815, À LUZ DA MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE.

Esse capítulo dedicar-se-á à análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.815, foco do presente trabalho. Aqui, será dividida em três etapas. Na primeira será realizada uma síntese processual, de forma sistemática, sem apresentação de opiniões. Em uma segunda etapa será realizada uma leitura contextual dos votos e pareceres dentro do processo – não pretendendo contextualizar com o momento histórico à época –, antes, destina-se a apresentar as principais teses arguidas na ação, principalmente aquelas que fundaram a decisão. E, por último, será apresentada uma análise crítica da decisão, utilizando-se dos conceitos da máxima da proporcionalidade, a fim de que seja a hipótese colocada à prova.

3.1 SÍNTESE DO PROCESSO DA ADI Nº 4815

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.815, objeto de estudo do presente trabalho, foi proposta pela Associação Nacional dos Editores de Livros – ANEL, a qual possuía pertinência temática para propô-la, segundo o artigo 103, IX, da Constituição Federal, com o intuito de que fosse declarada a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, e dada uma interpretação constitucional aos artigos 20 e 21 do Código Civil Brasileiro.

O pedido principal consistia em afastar do ordenamento jurídico a prévia autorização da pessoa do biografado ou de seus herdeiros e das pessoas coadjuvantes para a publicação e veiculação de obras literárias, biográficas ou audiovisuais. O pedido alternativo era basicamente o mesmo, todavia, com a restrição de que o biografado fosse pessoa pública ou envolvida em acontecimentos de interesse coletivo.

A proponente da ação também requereu uma medida cautelar, a fim de que, até o julgamento definitivo, fosse suspensa a eficácia de interpretações que exigissem a prévia autorização do biografado ou de seus familiares para publicação e veiculação de biografias. Também foi requerida uma medida cautelar subsidiária,

caso não fosse concedida a primeira, com relação apenas as pessoas públicas ou envolvidas em eventos de interesse público.

A ADI 4.815 foi distribuída e ficou sob a relatoria da Ministra Cármen Lúcia. Em obediência ao artigo 103, §3º, da Constituição Federal, a Relatora citou a Advocacia Geral da União, a fim de defender a constitucionalidade dos artigos impugnados. Assim, a AGU se manifestou pela constitucionalidade dos artigos 20 e 21 do Código Civil, alegando que o direito à informação não pode sobrepor o da vida privada, que sim, a autorização prévia é necessária para as biografias.

Seguindo os trâmites processuais, o Senado Federal apresentou manifestação contrária a ADI nº 4.815, sob a mesma alegação da AGU, de que a não há como o direito à informação sobrepor o direito à privacidade e que qualquer equívoco interpretativo deve ser questionado pelo controle difuso.

A Procuradoria Geral da República apresentou sua manifestação, conforme artigo 103, §1º, da Constituição Federal, requerendo que a ADI fosse julgada totalmente procedente, alegando que os direitos à Liberdade de Expressão e à Informação possuem uma preferência *prima facie* sobre o direito à privacidade.

No decorrer do processo, algumas instituições solicitaram o ingresso como *amici curiae* a fim de auxiliarem os Ministros na decisão final. A primeira instituição que solicitou o ingresso foi o Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro (IHGB). Após o deferimento ingresso, apresentou seu memorial requerendo a procedência dos pedidos da ADI nº 4.815. No mesmo sentido se manifestou o segundo *amicus curiae*, a instituição Artigo 19 Brasil¹³.

Além dessas, também requereram ingresso como *amici curiae* a Academia Brasileira de Letras e a Associação Eduardo Banks. A primeira se manifestou pela procedência da ADI nº 4.815, já a segunda requereu a extinção da ação pela ilegitimidade ativa da ANEL, alegando que ela não poderia ser considerada uma entidade sem fins lucrativos, haja vista que se tratava, na verdade, de uma editora de livros. Além dessas, também pediram ingresso na ação sob a mesma condição: Conselho Federal da OAB, Instituto dos Advogados de São Paulo e o Instituto Amigo. Dentre eles, apenas o último requereu a improcedência da ação.

¹³ A Artigo 19 se trata de uma instituição internacional, com uma ramificação no Brasil, a qual visa defender os direitos humanos, reafirmando o Estado Democrático de Direito.

No julgamento em plenário, realizado no dia 10 de junho de 2015, houveram sustentações orais por parte da requerente e de alguns dos *amici curiae*, por meio de seus procuradores. O primeiro a se manifestar foi a ANEL, proponente da ação, a qual defendeu sua tese arguida na inicial e reafirmou sua pertinência temática. Seguiu-se à sustentar os procuradores do Instituto de História e Geografia Brasileiro, após, do Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil, ambos reafirmaram o pedido de procedência da ação. Logo após, a procuradora do Instituto dos Advogados do Brasil se manifestou pela procedência parcial dos pedidos da ADI. Por último, o advogado do Instituto Amigo sustentou sua tese pela improcedência dos pedidos da inicial.

A Ministra Cármen Lúcia, inicialmente, rechaçou a tese arguida pelo *amicus curiae* Associação Eduardo Banks acerca da ilegitimidade ativa da proponente da ação. Após, leu uma síntese de seu voto – o qual será exposto no tópico seguinte –, uma vez que continha mais de 120 laudas, acolhendo os pedidos da inicial integralmente.

Em seguida, os demais Ministros leram seus votos, sendo que todos acompanharam o voto da Ministra Cármen Lúcia, restando a decisão final da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.815, conforme o acórdão:

[...] por unanimidade e nos termos do voto da Relatora, julgou procedente o pedido formulado na ação direta para dar interpretação conforme à Constituição aos artigos 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, para, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível o consentimento de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo por igual desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas) (BRASIL, 2015, p. 03-04).

Dessa forma, encerrou-se a sessão de julgamento com a procedência integral dos pedidos da ação. Tanto na sessão no plenário, nos memoriais das partes e nos votos dos Ministros foram levantadas teses importantíssimas que culminaram na decisão final. Devendo-se dar um enfoque a elas no próximo tópico.

3.2 TESES JURÍDICAS DISCUTIDAS NA ADI Nº 4815

Este tópico, como já mencionado, se propõe a apresentar as teses arguidas no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade em comento. Pretende-se analisar os fundamentos da peça inicial, dos memoriais dos *amici curiae*, suas sustentações orais na sessão de julgamento e, também, o voto de cada ministro. Tentar-se-á apresentar os nuances das argumentações e, inclusive, algumas implicações que tais teses possam gerar ao Direito. Esse estudo se torna necessário, haja vista que compreender a discussão gerada no bojo da ADI em comento será fundamental para o próximo tópico.

Inicia-se com a primeira tese, apresentada pela ANEL¹⁴ na petição inicial, consiste no argumento de que a autorização do biografado para publicação de biografias, decorrente da interpretação dos artigos 20 e 21 do Código Civil, se torna uma censura prévia privada. Sendo assim, seria inconstitucional segundo os parágrafos 1º e 2º, do artigo 220 da Constituição Federal¹⁵. Todavia, foram necessários argumentos de ordem teórica que pudessem corroborar com uma preferência ao direito à liberdade de expressão e à informação sobre o direito à privacidade. Essas teses, embora arguidas na inicial, foram suscitadas pelos Ministros em seus votos.

No voto proferido pela Relatora, a Ministra Cármen Lúcia, a qual se manifestou pela procedência dos pedidos da ADI nº 4.815, foram apresentados alguns fundamentos de ordem teórica, que sustentaram uma posição preferencial do princípio à liberdade de expressão em seu voto. Assim, se fará uma síntese de seus argumentos.

¹⁴ O *amicus curiae* Associação Eduardo Banks suscitou a ilegitimidade ativa da ANEL para propor a ação, alegando que não se tratava de entidade representante de classe, eis que era formada por editoras de livros, que não se destinavam a representação de uma categoria, antes, se dedicavam a obtenção de lucro. Sendo assim, não se enquadravam no caso do inciso IX do artigo 103 da Constituição Federal. Todavia, a ministra rechaçou a alegação, haja vista que a “personalidade da requerente não se confundir com as suas associadas” (BRASIL, 2015, p. 16).

¹⁵ Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV. § 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Entende a Relatora, que a necessidade do consentimento do biografado se torna uma censura prévia aos Direitos à Liberdade de Expressão e à Informação, sendo proibido pela constituição, pelo artigo 220, §2º, da Constituição Federal, fundamento suscitado na inicial. Porém, para chegar a tal entendimento, a Relatora trouxe argumentos que sustentassem uma sobreposição dos referidos direitos sobre a defesa da privacidade. Para a Ministra “Não se faz a história apenas após se ultrapassarem os umbrais da porta de casa. Entre quatro paredes, fundam-se impérios estatais ou particulares, legítimos ou não”. Significa dizer que informações e fatos ocorridos, ainda que não tenham nenhuma implicação além dos “umbrais das portas” têm relevância à coletividade. Essa posição fica mais evidente quando a ministra Cármen Lúcia (2015, p. 70-71) passa a definir o direito à informação:

[...] o direito à informação, constitucionalmente assegurada como fundamental, e que se refere à proteção a obter e divulgar informação sobre dados, qualidades, fatos, de interesse da coletividade, ainda que sejam assuntos particulares, porém com expressão ou de efeitos coletivos. [...] O direito de se informar relaciona-se à liberdade de buscar a informação em fonte não censurada e sobre qualquer tema de interesse do cidadão. Coartar a busca livre de assunto ou em fonte circunscrita antecipadamente significa limitar a liberdade de obter dados de conhecimento para a formação de ideias e formulação de opiniões.

Outro fundamento levantado pela Relatora Cármen Lúcia (2015, p. 88) é que o espaço de privacidade de indivíduos públicos ou que se querem públicos, expõem sua intimidade. Assim, seu espaço inviolável da privacidade seria muito aquém dos “limites da privacidade de alguém que nada que nem pretende do público em sua condução de vida”.

Em síntese, para a Ministra Cármen Lúcia (2015, p. 107) as informações e fatos da vida privada de determinado indivíduo, o seu passado, contribuem para o que a pessoa é. E esse “ser” do indivíduo constrói a história nacional. Por essa razão, as biografias teriam uma relevância histórica, pois conhecendo os meandros da vida de uma pessoa, se poderia compreender toda a história de uma sociedade.

Contudo, para a Relatora, o direito à privacidade continua inviolável, conforme prescrito no inciso X do artigo 5º da Constituição, pois os meios para se coibir possíveis abusos cometidos pelos biógrafos, como a indenização, entre outros, continuariam a existir.

O voto do Ministro Luís Roberto Barroso, embora tenha acompanhado a conclusão a qual chegou a Relatora, trouxe à discussão algumas teses importantes,

de forma uma pouco mais técnica que os demais Ministros, por meio da hermenêutica constitucional.

Primeiramente, o ministro Barroso (2015, p.1-2) deixou claro uma regra importantíssima, à lei da colisão dos princípios, segundo a qual não há hierarquia entre princípios. Assim, deve-se realizar uma ponderação entre eles, a fim de se chegar a uma decisão mais equânime, onde haja concessões recíprocas.

Porém, Barroso (2015, p. 6-7) argumenta que o direito à liberdade de expressão goza, de forma *prima facie*, de uma posição preferencial com os demais princípios, cabendo o ônus de demonstrar razões para mitigá-lo a quem quer fazê-lo. Assim, percebe-se que o Ministro dá certo grau de superioridade hierárquica a um dos princípios e o faz por três razões:

Portanto, a **primeira razão**, no Brasil, talvez diferentemente da Alemanha, talvez diferentemente da França ou da Europa em geral, é que, aqui entre nós, a história é tão acidentada e o histórico da liberdade de expressão tão sofrido que ela precisa ser afirmada e reafirmada, eventualmente, com certo exagero. A **segunda razão** pela qual a liberdade de expressão deve ser tratada como uma liberdade preferencial em uma sociedade como a brasileira, e talvez nas sociedades democráticas em geral, é que a liberdade de expressão é não apenas um pressuposto democrático, como é um pressuposto para o exercício dos outros direitos fundamentais. Para exercerem-se bem os direitos políticos, o direito de participação política, a liberdade de associação, a liberdade de reunião, o próprio desenvolvimento da personalidade, é preciso que haja liberdade de expressão, é preciso que haja uma livre circulação de fatos, opiniões e ideias para que cada um possa participar esclarecidamente do debate público. Ninguém deve ter o direito de selecionar quais são as informações que podem chegar ao debate público. E a **terceira última razão** é que a liberdade de expressão é essencial para o conhecimento da história, para o aprendizado com a história, para o avanço social e para a conservação da memória nacional (Grifo no original).

O Ministro Luís Roberto Barroso (2015, p. 10-22) deixa claro que se houver razão para reparação é por motivo de abusos cometidos pelo biógrafo e sempre *a posteriori*. Semelhante ao voto da relatora, porém, foi além ao definir o que seriam esses abusos, conceituando como obtenção de informações por meios ilícitos ou por “mentiras dolosas”.

Reforçando a tese de que a pessoa pública possui uma esfera privada mais estreita e por vezes inexistiria, o Ministro Luiz Fux (2015, p. 3-4) apresenta seu voto pela procedência dos pedidos da ADI, e aduz que:

Uma pessoa se torna notória, portanto, pela vontade pública e esse público tem o direito de saber quem é essa pessoa que ele levou ao enaltecimento e à notoriedade. Tal direito é imanente ao ser humano e, ainda que não constasse da Constituição Federal, haveria um direito natural de se saber se a admiração é merecida pela pessoa admirada, até porque, nos relacionamentos humanos, o elemento mais significativo é o da admiração.

No cotidiano forense, por exemplo, muitas vezes se verifica que um vínculo conjugal se desfaz pela destruição desse sentimento de admiração.

Foi com o voto do Ministro Dias Tofoli que surgiu a primeira divergência entre os Ministros. Isso porque os Ministros que até então haviam votado, em especial o Ministro Luís Roberto Barroso, não admitiam quaisquer medidas prévias para impedir que, de forma excepcional, fossem obras publicadas. Assim explica o Ministro Dias Tofoli (2015, p.13-15):

Ainda na linha do que leciona Daniel Sarmento, apenas em hipóteses excepcionais admitem-se restrições prévias à liberdade de expressão, as quais devem estar fundadas numa ponderação com outros direitos ou bens jurídicos contrapostos.[...] Ressalte-se, por fim, que não estou afirmando a total impossibilidade de se obstar uma (re)publicação de determinada obra biográfica. Em casos excepcionalíssimos, configuradores de séria violação de direitos fundamentais, atestada à luz das circunstâncias do caso concreto, é sim possível atribuir predominância a outro direito fundamental. Trata-se, no entanto, de uma ponderação a ser feita caso a caso pelo Poder Judiciário.

Todavia, a discussão mais nítida foi gerada apenas com o voto do Ministro Gilmar Mendes, uma vez que na antecipação de seu voto sustentou a possibilidade de tomada de medidas cautelares, a fim de que sustassem a publicação de biografias que extrapolassem o direito à liberdade de expressão. Assim se manifesta Gilmar Mendes (2015, p. 2-3):

O texto não está vedando que o legislador se ocupe da matéria, como muitos fazem uma leitura um tanto quanto, a meu ver, terrestre, pedestre, rasteira do tema. Não me parece que seja assim. O que está dizendo é que não pode haver lei que embarace a informação. E aí vêm as dimensões objetivas e subjetivas dos direitos fundamentais. Aqui, há um dever do legislador de atuar para proteger esses valores. Por isso é que gostaria só de fazer essas notas, Presidente, tendo em vista posições já assumidas no Plenário, chamando atenção a esse aspecto - e essa interpretação que estou fazendo do art. 220, § 1º, encontra respaldo, inclusive, em leitores da Constituição americana em relação à Primeira Emenda -, para que se assente que a proteção que se possa obter poderá ser outra que não, eventualmente, a indenização. Haverá casos em que certamente poderá haver a justificativa até mesmo de uma decisão judicial que suste uma publicação, desde que haja justificativa [...].

A discussão ocorreu em razão de que na interpretação do voto da Relatora poderia se extrair que o acesso ao judiciário seria apenas para indenização, que outras medidas não poderiam ser tomadas pelo juiz. Todavia, a Relatora Cármen Lúcia (2015, p. 4) retirou do seu voto o ponto em que poderia gerar certo equívoco interpretativo.

Embora o Ministro Marco Aurélio Mello, em seu voto, não acrescentou outra fundamentação das que até então já haviam sido expostas, trouxe a lume uma questão que não havia sido suscitada pelos demais Ministros, pelo menos não

diretamente. Tratou do conflito entre interesses públicos *versus* os interesses privados – o qual já foi tratado neste trabalho -, existente na discussão da ADI 4.815. Para o Ministro Marco Aurélio (2015, p. 05) quando houver:

[...] conflito entre o interesse individual e o coletivo, a solução, sopesando-se valores, está em dar-se primazia, em dar-se predominância, ao interesse coletivo, e este – pelo menos falo, porque, repito, leio apenas as biografias não autorizadas – é o dos cidadãos em geral.

Os demais Ministros que não foram aqui mencionados, a saber: Rosa Weber, Ricardo Lewandovsky e Celso de Mello; em seus votos não utilizaram outros argumentos, além daqueles já aqui mencionados.

Além das teses arguidas pelos Ministros e pela própria requerente, os *amici curiae*, a Procuradoria Geral da República, a Advocacia Geral da União e o Senado Federal se manifestaram no processo, arguindo teses relevantes ao presente estudo.

Contrapondo as manifestações já apresentadas, a Advocacia Geral da União suscitou uma tese totalmente contrária aos pedidos da ADI nº 4.815. Sua argumentação fundou-se na impossibilidade de se criar um direito absoluto, que pudesse ferir outros direitos personalíssimos. Aduz a Advocacia Geral da União (2012, p. 6):

[...] a biografia é o gênero literário que envolve tanto a liberdade de expressão quanto o direito à informação. Como acima exposto, a liberdade de expressão permite ao autor da obra biográfica a expressão das suas ideias e opiniões de forma parcial e pessoal e sem apego à veracidade dos fatos. Somente no que toca ao direito à informação, e somente aí, serão exigidas deste autor coerência com os fatos e informações precisas. Assim, no trabalho biográfico o escritor poderá, em uma abordagem humana dos processos históricos, se aproveitar da força da ação humana e da trajetória individual do biografado como ilustração para uma análise macroestrutural da sociedade que o cerca e para explicar e analisar os processos históricos. Poderá, também, meramente narrar a história da vida de uma pessoa, onde incluirá aspectos da obra deste indivíduo ou revelará suas opiniões, valores, crenças e atitudes, atributos físicos e até fotos. Porém, em qualquer dos casos, a obra biográfica não estará imune de conter impressões pessoais do escritor, ancoradas na liberdade de expressão. Ora, tais opiniões, que não exigem imparcialidade, podem induzir o leitor a juízos de valor equivocados, com prejuízos, portanto, à dignidade, devido respeito e reputação do biografado.

O Senado Federal também se manifestou pela improcedência dos pedidos da ADI, porém, sob outros argumentos. Para o Senado Federal (2015, p. 4-6) os artigos 20 e 21 do Código Civil foram redigidos para impedirem a comercialização não autorizada da imagem das pessoas, potencialmente ofensivos. Sendo assim, não seria uma espécie de censura prévia. Além disso, apresentaram

um projeto de lei nº 393/2011 que tem como objetivo acrescentar dois parágrafos ao artigo 20 do Código Civil.¹⁶

Outra tese contrária à declaração de inconstitucionalidade foi apresentada pelo *amicus curiae* o Instituto Amigo. Em sua manifestação, com certa perspicácia, vislumbrou uma possível consequência da procedência da ação. Aduz o Instituto Amigo (2015, p. 7-8) que:

A intenção, contudo é que não haja responsabilização pelo o que é escrito, salvo se o conteúdo for inverídico. Assim, a total procedência da presente ADI, 8 conforme pede e justifica a autora, reputaria na hierarquização de direitos elegendo a Liberdade de publicação como direito que deveria se sobrepor a garantia da a inviolabilidade e da intimidade da vida privada, quando tal eleição não parece justa se feita em abstrato, proibindo o direito a reparação de dano ou de ação contra ele, antes que se conheça o caso concreto.

Para o Instituto Amigo a forma mais equilibrada de se resolver a conflito entre o direito à informação e à liberdade de expressão contra o direito à privacidade é garantir o acesso ao judiciário para “decidir que providências adotar no caso de ameaça ou lesão a direito, providências que poderão incluir a tutela específica e/ou a tutela indenizatória”. Essas providências, ao contrário do que a autora alega, poderia se referir, também, a fatos verídicos que atinjam a moral do biografado.

O Instituto dos Advogados de São Paulo (2015, p. 5) se manifestou pela procedência parcial dos pedidos da ação, para declarar inconstitucional a necessidade de autorização prévia para publicação e circulação de biografias. Todavia, com a ressalva de que “informações devam atender e restringir-se ao interesse público e registro histórico, sem invadir a privacidade e intimidade dos biografados, aplicando-se sempre, no que couber, a responsabilidade civil”. Significa dizer que poderia o judiciário realizar um filtro de quais informações extrapolam os interesses públicos, podendo, assim, tomar medidas inibitórias.

¹⁶ O projeto de lei 393/2011, de autoria do Deputado Newton Lima Neto, está em trâmite, aguardando a apreciação do Senado Federal, e visa inserir o seguinte texto no artigo 20 do Código Civil: § 1º Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes. § 2º A mera ausência de autorização não impede a divulgação de imagens, escritos e informações com finalidade biográfica de pessoa cuja trajetória pessoal, artística ou profissional tenha dimensão pública ou esteja inserida em acontecimentos de interesse da coletividade.

3.3 MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE E A DECISÃO NA ADI 4.815: ANÁLISE DA MANUTENÇÃO DE UM MÍNIMO INVOLÁVEL.

Os tópicos anteriores se destinaram a fazer uma análise sintética, apenas se atendo aos acontecimentos processuais e também traçando um panorama geral acerca das teses arguidas no bojo da ação pelas partes e pelos *amici curiae*. Todavia, se faz necessário realizar um exame mais crítico da decisão final da ADI 4.815, proferida pelos Ministros do STF, utilizando-se das informações trazidas nos itens anteriores.

Primeiramente, há que se ter em mente que os Ministros contrapuseram princípios constitucionais, dando uma preferência ao Direito à Liberdade de Expressão e ao Direito à Informação. Todavia, não anularam o Direito à Privacidade, previsto no artigo 5º, inciso X, da Constituição, mantendo-o incólume. Para tanto, como já mencionado, os Ministros erigiram duas teses que pudessem dar um suporte fático à decisão. Porém, as teses utilizadas como escopo da decisão podem gerar efeitos que impede a satisfação do princípio a que se precedeu. Assim, se faz mister uma análise contrapondo essas fundamentações com o que até então foi exposto no presente trabalho.

A primeira delas se trata da alegação de que pessoas com notoriedade pública têm a sua esfera privada mais restrita que os demais. Isso porque, no voto da Relatora Cármen Lúcia (2015, p. 88) ficou claro que uma pessoa que desempenha atividades dirigidas ao público, e dali extrai seu sustento, não pode impedir que a coletividade o conheça em todos os aspectos de sua vida, incluindo os de sua esfera privada.

A segunda argumentação, parte da premissa de que a vida de uma pessoa pública, em todas as esferas, faz parte da história. Isso porque os fatos que ocorrem na esfera privada têm implicações na esfera pública. Assim, tem-se o argumento de que os fatos ocorridos no âmbito privado de uma pessoa pública são de interesse coletivo, eis que causarão implicações na vida pública do indivíduo. Essa tese é nítida ao se observar o voto da Relatora Ministra Cármen Lúcia (2015, p. 105), que assim dispõe:

Sem ver a totalidade da vida da pessoa, não há como conhecer a vida da figura que tenha marcado época, como sua obra foi elaborada, suas influências pretéritas e as que tenha provocado. O dilema entre o que foi e o

que poderia ter sido, a luta do querer e do que se fez para se atingir, o que foi dor transformada em força, o que foi vigor desperdiçado e tornado obra de desabafo, tudo compõe a pessoa.

Contudo, certos equívocos podem ser notados nas teses que fundamentaram a decisão da ADI nº. 4.815, os quais precisam ser trazidos a lume. O primeiro equívoco ocorre na afirmação de que as pessoas públicas não podem opor a inviolabilidade à vida privada, eis que possuem uma “esfera privada mais restrita”. Inclusive, pode ser considerado um equívoco de lógica. Isso porque, uma esfera mais restrita da vida privada não implica na sua não existência. Sendo assim, há um âmbito privado, porém com uma área menor do que as pessoas não públicas, mais reservadas.

O outro equívoco que se pode apontar na argumentação da referida decisão se refere à segunda tese apresentada. Ocorre que, embora haja uma interação da esfera privada para com a pública, naquilo que Dussel (2007, p. 21) já havia chamado de “múltiplos campos intersubjetivos”, nem todos os fatos ali ocorridos têm relevância para a coletividade. Isso porque há fatos e informações que em nada interagem na esfera pública do indivíduo, os quais somente servem para alimentar uma sanha de curiosidade das massas. E isso fica bem claro ao ler um trecho do voto da própria Relatora Ministra Cármen Lácia (2015, p. 104), que assim aduz:

Esse espaço de quase segredo, entretanto, parece ser o que mais interessa ao pesquisador, ao biógrafo, que atende necessidades da história e a curiosidade das pessoas. Ressalto: o buraco da fechadura não foi esquecido, embora às vezes se busque ver até mesmo quando portas foram escancaradas. A busca por ver dentro do outro, com luzes e sombras, não tem fim.

Esses dois equívocos expostos calcaram a decisão final da ADI nº 4.815, dando uma preferência à constelação de princípios referentes às liberdades. Embora essa decisão tenha erigido um princípio sobre o outro, deixou margem estreita para que aquele a que se precedeu fosse satisfeito. Assim, caso houvesse abusos no Direito à Liberdade de Expressão, poderia o juiz determinar, inclusive, a proibição de circulação de uma obra biográfica, além da respectiva indenização. Contudo, há certa sutileza nesse ponto, pois se percebe uma exigência para a adoção de tais medidas, o “abuso no exercício da Liberdade de Expressão”.

Embora no voto da Relatora essa questão não tenha ficado tão límpida, o ministro Luís Roberto Barroso (2015, p. 10), em seu voto, especificou qual seria o

sentido destes abusos. Para ele apenas “mentiras dolosas” e “informações adquiridas por meios ilegais” são consideradas abusos. A Relatora Ministra Cármen Lúcia (2015, p. 104) coaduna com esta ideia, em que pese não tenha deixado tão claro em seu voto, quando afirma que “Biografia é história. A história de uma vida, que não acontece apenas a partir da soleira da porta de casa. Ingressa na intimidade, sem que o biografado sequer precise se manifestar”. Ora, há uma proposição lógica extraída desse pensamento. Significa dizer que, considerando informações privadas como de interesse coletivo, o biógrafo e sua obra não podem sofrer sanções por exporem fatos verdadeiros, ainda que sejam vexatórios para o biografado e que nada prestigiam o interesse coletivo, desde que não os adquira por meios ilícitos. Sendo assim, embora não se tenha delimitado muito bem o que se consideraria como “abuso”, tem-se que, na prática, as afirmações do ministro Luís Roberto Barroso resumem o espírito do julgamento.

Assim, percebe-se que não houve a manutenção de meios que possibilitassem a satisfação do Direito à Privacidade. Porém, como já estudado, Alexy (2008, p. 90):

[...] *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. (Grifo no original)

Pela própria natureza dos princípios, como mandamentos de otimização, estes têm uma área nuclear, ou seja, “um conteúdo jurídico essencial” de satisfação destes direitos fundamentais (ALEXY, 2008, p. 297). Porém, há duas teorias que pretendem explicar o sentido que se deve dar a esse conteúdo mínimo. A primeira delas é a teoria absoluta, segundo a qual cada princípio possui um conteúdo mínimo *a priori*, o qual não é passível de relativização. A segunda teoria é a relativa, da qual se extrai que o conteúdo mínimo dos princípios é resultado do sopesamento realizado entre eles (ALEXY, 2008, p. 295-301). No presente trabalho optou-se por adotar a segunda teoria, haja vista que a teoria absoluta está cerrada a

[...] definição *a priori* de conteúdos, essenciais ou não, que excluem, por consequência e também *a priori*, diversas condutas, atos, estados e posições jurídicas da proteção dos direitos fundamentais, deixando os ao capricho de meros juízos de conveniência e oportunidade políticas, para os quais não se exige nenhuma fundamentação constitucional. (SILVA, 2006, p. 25-26)

Embora haja possibilidade de os princípios serem restringidos, essa restrição deve ser fundamentada, por meio de argumentação que contemple as possibilidades fáticas e jurídicas (ALEXY, 2008, p. 90). Essas possibilidades jurídicas e fáticas estão ligadas à máxima da proporcionalidade, na medida em que a primeira se liga à sub máxima da proporcionalidade em sentido estrito e a segunda às sub máximas da necessidade e da adequação (ALEXY, 2008, p. 117-118).

Assim, para uma decisão obedecer à máxima da proporcionalidade, sendo proporcional (em sentido estrito), necessária e adequada, deve o julgador trazer uma argumentação com suportes jurídicos e fáticos que o autorizem a impor uma restrição ao princípio a que se precedeu. Caso esses pressupostos não forem trazidos em sua fundamentação, o princípio não deveria ter sido precedido, pelo menos não da forma que o foi.

Assim, como bem concluiu Fachin (2016, p. 109), a exigência de autorização prévia para publicação e circulação de biografias se torna uma verdadeira censura, porém, com isso, não se pode sobrepor os Direito à Liberdade de Expressão e do Direito à informação face aos Direitos da Privacidade, de forma absoluta e abstrata.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho se dedicou à análise da decisão definitiva proferida na ADI nº. 4.815. Tal estudo foi realizado por meio da ótica da Teoria dos Direitos Fundamentais, de autoria do alemão Robert Alexy. O prisma utilizado na análise foi a máxima da proporcionalidade, a qual consiste em um método para decisão de colisões entre princípios, devendo o julgador aplicar medidas necessárias, adequadas e proporcionais (em sentido estrito).

A decisão analisada pretendeu resolver o conflito entre os princípios da Liberdade de Expressão e o Direito à Informação, frente ao Direito à Privacidade, gerado pela exigência de prévia autorização do biografado para publicação e circulação de biografias. Tal disputa entre princípios constitucionais surgiu com a interpretação dos artigos 20 e 21 do Código Civil, culminando na proposição da ADI em comento.

No julgamento realizado no bojo da ação os Ministros decidiram, de forma unânime, que a necessidade de prévia autorização do biografado, para publicação ou circulação de biografias, é inconstitucional. Sendo assim, declararam tal interpretação – que presuma a necessidade de autorização prévia para biografias – dos artigos 20 e 21 do Código Civil, inconstitucionais, sem necessidade de redução de texto. Arguiram como fundamentos de sua decisão dois suportes fáticos. O primeiro consiste na afirmação de que as pessoas públicas têm uma esfera privada mais restrita, em razão de sua constante exposição ao público. O segundo, por sua vez, se tratava da alegação de que todos os fatos da vida de uma pessoa, ainda que privados, interferem em sua esfera pública. Sendo assim, a coletividade tem o direito de informar e de ser informada sobre tais fatos. E foi, por meio dessa argumentação, que os Ministros concluíram pela preferência de um princípio sobre o outro.

Assim, a análise da decisão seguiu por duas perspectivas. A primeira deu um viés deontológico, analisando os argumentos trazidos pelos Ministros, no que tange aos suportes fáticos apresentados pelos julgadores. Dessa forma, o argumento de que a pessoa pública possui uma vida privada mais estreita, e por isso é direito da coletividade saber sobre suas informações privadas, pode ser rebatido apenas com uma breve observação lógica. Afirmar que há uma dimensão mais restrita, resulta na pressuposição de que de fato essa ainda existe, ainda que com uma abrangência menor. Porém, não se limitando à apenas essa afirmação, é

possível entender a existência de formas complexas de exercício da subjetividade e intersubjetividade pelas pessoas, conforme exposto com base em Dussel. Assim, é possível afirmar que, ainda que reduzida, os indivíduos possuem uma esfera privada, onde podem guardar informações das ingerências de outros.

Quanto à segunda argumentação, de que os fatos da vida privada “fazem a história”, é nítido que nem todas as informações e fatos na vida de uma pessoa ensejam um interesse coletivo para seu conhecimento. Não que não haja uma vontade coletiva de se conhecer a vida privada das pessoas, porém, na prática, esse interesse não passa de uma curiosidade, muitas vezes sem escrúpulo, haja vista que não existem motivos relevantes que o justifiquem, a não ser, é claro, a sanha de curiosidade. Essa afirmação, feita pelos Ministros, se calca na alegação de uma supremacia do interesse público sobre o privado. Porém, como exposto no segundo capítulo deste trabalho, o direito ocidental moderno é de base iluminista, pautado na supremacia do indivíduo. O impacto dessa base individualista levou ao desenvolvimento de uma cultura jurídica, em que as sociedades atuais não são compreendidas como colmeias ou formigueiros, ou seja, colônias de seres que formam uma unidade coletiva e massificada; antes, cada um que faz parte do todo, mas mantém acima de tudo sua individualidade, e esta deve ser respeitada. Não por ser a única forma possível de exercício da subjetividade, mas porque as sociedades ocidentais foram ensinadas a supervalorizar sua individualidade, de modo que é perverso privar a pessoa dessa prerrogativa. Por essa razão, afirmar que o todo pode sobrepor-se ao indivíduo, por meio de interesses egoístas, parece pouco parcimonioso. Dessa forma, uma interpretação sistemática e histórica para se compreender a proteção da individualidade, por meio do resguardo de informações de cunho privado, aparentemente seria uma solução menos danosa aos valores jurídicos desconsiderados.

Os suportes fáticos apresentados pelos Ministros, por sua vez, fundamentaram a sobreposição do princípio da Liberdade de Expressão e do direito à Informação em detrimento do princípio da Privacidade. Entretanto, os Ministros não apresentaram suportes jurídicos, ou seja, não abstraíram os fatos em conceitos normativos para cotejar ambas as dimensões do conflito (condições fáticas e jurídicas, nos dizeres de Alexy), que pudessem corroborar com a preferência de uma constelação de princípios sobre outra. Essa é a segunda perspectiva analisada no presente trabalho, a técnica jurídica.

A segunda perspectiva apresentada se funda na Lei da Colisão e na Máxima da Proporcionalidade, ambas são peças chaves na resolução de conflito entre princípios, dentro da Teoria dos Direitos Fundamentais. Aqui, há que se considerar que, embora a teoria de Alexy não seja a única que se propõe a resolver o conflito entre princípios, é a mais utilizada e mais abalizada pela doutrina ocidental. Por essa razão, preferiu-se analisar a decisão na ADI nº 4.815, sob a sua ótica.

A lei da colisão se trata de um método que possibilita o julgador a sopesar princípios que estejam colidindo. Em suma, devem-se criar condições hermenêuticas que possibilitem, naquele caso em específico, a precedência de um princípio sobre o outro. Isso porque os princípios, segundo Alexy, são mandamentos de otimização, devendo ser satisfeitos no maior grau possível, de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas, as quais devem ser identificadas pelo julgador.

No que se refere à máxima da proporcionalidade, essa decorre da própria natureza dos princípios, e rege a decisão acerca da colisão, exigindo que seja adequada, necessária e proporcional (em sentido estrito). A adequação e a necessidade estão ligadas aos suportes fáticos, já a proporcionalidade em sentido estrito se liga aos suportes jurídicos, ambos devem ser apresentados por aquele que está a sopesá-los.

Dessa forma, pode-se compreender que a natureza dos princípios, como mandamentos de otimização, exige que sejam demonstradas as possibilidades jurídicas e fáticas, por meio de uma fundamentação. Isso porque, os princípios não possuem uma precedência *prima facie* sobre os outros – exceto a dignidade da pessoa humana, porém, não cabe nessa discussão –, antes necessitam que seja realizada uma ponderação, a fim de que a decisão declare as condições em que um princípio precederá o outro.

Com a análise pela perspectiva deontológica fica fácil perceber que nem todas as informações constantes na vida privada de uma pessoa são de interesse público e, assim, a pessoa, ainda que famosa, possui uma esfera privada que não é de interesse genuíno do coletivo. Significa dizer que o respaldo fático, adotado pelos Ministros, não coaduna com a realidade. Dessa forma, refletirá negativamente nos próprios argumentos jurídicos.

Assim, é possível afirmar, também, que a decisão proferida na ADI nº 4.815 não é proporcional, sob a ótica da Teoria dos Direitos Fundamentais, em razão de seus próprios argumentos. Os fundamentos de que todos os fatos

interessam o público, eis que fazem parte da história nacional, geram, na prática, a impossibilidade da satisfação do direito à privacidade. Como já exposto, não por causa da exclusão da autorização prévia para as biografias, mas porque admitir que todos os fatos são públicos autoriza o biógrafo a devassar a vida privada de uma pessoa, e, desde que não utilize meios ilícitos para captar a informação e que não sejam “mentiras dolosas”, não admitirá nenhuma sanção, nem sequer seria possível a proibição de circulação da biografia.

Embora os ministros, principalmente a Relatora Ministra Cármen Lúcia, tenham afirmado com certa veemência, que o biografado poderia tomar providências judiciais contra o biógrafo e sua obra, na prática, a violação da vida privada, vedada no inciso X, do artigo 5º da Constituição não poderia ser desfeita.

Dessa forma, é notório que os Ministros sobrepuseram um princípio sobre o outro, de forma desproporcional, haja vista que não havia suporte jurídico que corroborasse com uma medida tão extrema. Além disso, os pressupostos fáticos são, de certa forma, pouco críveis, o que prejudica, também, a fundamentação da decisão. Assim, utilizando-se da hermenêutica constitucional, com as possibilidades de interpretação, além da lei da colisão e da máxima da proporcionalidade, pode-se perceber que não havia necessidade de se ampliar o acesso à informação do coletivo sobre todos os fatos da vida de uma pessoa, incluindo-se os de sua esfera privada, os quais, agora, podem ser violados, expostos e até tripudiados em nome de um interesse difuso, muitas vezes não passando de mera curiosidade e bisbilhotagem.

Embora a temática de colisão entre os Direitos à Liberdade de Expressão e o Direito à Informação contra o Direito à Privacidade tenha sido amplamente debatido, esse trabalho busca trazer um diferencial: abarcando uma discussão antiga, intenta aplicar uma roupagem contemporânea, com uma análise de um caso recente, que mobilizou o cenário nacional.

Naturalmente, não é possível postular por uma mudança da decisão, mas o presente estudo se preocupou com uma análise, partindo de uma teoria influente no direito ocidental, para que fosse demonstrada que a decisão em comento não foi proporcional, haja vista que suas consequências podem ser nefastas, caso sua argumentação seja amplamente acolhida pelos Tribunais pátrios. Trata-se, na verdade, de um alerta para possíveis resultados da aplicação desse entendimento em sua íntegra.

Quanto à hipótese, proposta para esse trabalho, pode-se perceber que foi parcialmente demonstrada, haja vista que a decisão não é totalmente desproporcional, como se havia pretendido demonstrar. Porém, sua argumentação e seu alcance geram consequências que, na prática, levam a uma sobreposição exacerbada de um princípio sobre o outro.

REFERÊNCIAS

ABRAVANEL-JOLLY, Sabine. **Le droit à l'image de l'individu**. S.d. Lyon. Acesso em <<http://actuassurance.free.fr/chroni018>>, acessado em: 26 de março de 2018.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. Título original: Theorie der Grundrechte.

AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. S.d. Disponível em: <<https://sumateologica.files.wordpress.com/2017/04/sumateolc3b3gica.pdf>>. Acesso em 8 nov. 2017.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. Tradução: Roberto Raposo.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BERGEL, Jean-louis. **Teoria Geral do Direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. Título Original: Théorie générale du droit.

BERNAL PULIDO, Carlos. Estudio Introductorio. *In*: ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. pp. XXV-LXXX.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995. Tradução e Notas: Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. Compilação por Nello Morra.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

BRASIL. **Código Civil**, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 1a edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão em Recurso Especial nº 521.697/2003. Apelante: Herdeiras de Manoel dos Santos (Garrincha). Apelada: Editora Schwarcz Ltda.. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. Brasília, DF, 20 de março de 2006.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Acórdão em Apelação Criminal nº 70010217354. Apelante: SIEGFRIED ELLWANGER. Apelado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Desembargador Marco Antônio Ribeiro de Oliveira. Porto Alegre, RS, 29 de novembro de 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em Habeas Corpus nº 82424. Paciente: Siegfried Ellwanger. Autoridade Coatora: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 17 de setembro de 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.815. Requerente: Associação Nacional de Editores de Livros (ANEL). Requerido: Senado Federal. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 10 de junho de 2015.

CANFÃO, Olivio Albino. **Métodos de Interpretação Jurídica à Luz do Horizonte Hermenêutico**. Salvador: Revista Direito UNIFACS, nº 158, ISSN 1808-4435, Disponível em: < <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2715/1967> >. acesso em: 30 de abril de 2018.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. 4. ed. rev e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. 2. ed. São Paulo: Quorum, 2008. Tradução: Afonso Celso Furtado Rezende.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DUSSEL, Enrique. **20 teses de política**. São Paulo: Expressão Popular, 2007. Tradução: Rodrigo Rodrigues.

ESTADÃO. **Biografia não ofende imagem de Garrincha, diz Justiça**. 2001 Acesso em: <<http://cultura.estadao.com.br/noticias/geral,biografia-nao-ofende-imagem-de-garrincha-diz-justica,20011023p4506>>, Acessado em 26 de março de 2018.

FACHIN, Milena Girardi. **As biografias não autorizadas e a legitimidade da ficção**. Revista Internacional de Direito e Literatura, 2016. Disponível em: < <http://seer.rdl.org.br/index.php/anamps/article/viewFile/216/pdf> >. Acesso: 8 de nov. 2017.

FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos: A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2000.

_____. **Liberdade de Expressão e Comunicação: Teoria e proteção constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Liberdade de Expressão e Comunicação: Teoria e proteção constitucional**. 2001. 290 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001.

Disponível em:
<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/79426/182787.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 05 nov. 2017.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERRAZZO, Débora. **Pluralismo jurídico e descolonização constitucional na América Latina**. 2015. 464 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015. Disponível em:
<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/133231/333654.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 08 nov. 2017.

FRANÇA. *Tribunal Civil de la Seine*. Decisão proferida em: 16 junho 1858, D. 1858. 3, p. 62.

GOES, Guilherme Sandoval. **O núcleo essencial dos direitos fundamentais como limite dogmático do juiz legislador**. Juiz de Fora: Revista Interdisciplinar de Direito – Faculdade de Direito de Valença, 2010. Disponível em:
http://www.faa.edu.br/revistas/docs/RID/2010/RID_2010_34.pdf, acessado em: 05 de junho de 2018.

KOUTANTOS, Dimitrios. **Palavras que cheiram mar 2: Etimologia de mais de 1000 Palavras Gregas Usadas em Português**. S.d. Disponível em:
https://www.eduportal.gr/wp-content/uploads/2011/02/www.eduportal.gr_media_files_lexeis_2.pdf, acessado em: 09 de abril de 2018.

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt.. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

MALCONL, Janet. **A Mulher Calada**: Sylvia Plath, Ted Hughes e os limites da biografia. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. Tradução: Sérgio Flaksman. Título original: *The silent woman: Sylvia Plath & Ted Hughes*.

MASCARO, Alyson. **A filosofia do direito e seus horizontes**. São Paulo: Revista Cult. [s.d.]. disponível em: < <https://revistacult.uol.com.br/home/a-filosofia-do-direito-e-seus-horizontes/> >. Acesso em: 8 nov. 2017.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. _____. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. **Introdução ao Estudo do Direito**. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

NODARI, Paulo César. **A Emergência do Individualismo Moderno no Pensamento de John Locke**. Porto Alegre: Editora PUC/RS, 1999.

OLIVEIRA, José Luiz Brandão de. **História da Roma Antiga**. Coimbra: Editora da Universidade de Coimbra, 2015. vol.1.

OLIVEIRA, Priscila Musquim Alcântara de; OLIVEIRA, Alexandre Luís de. **Seduções e Desafios da Biografia na História**. Revista Discente do Programa de Pós Graduação em História – UEJF (FACES de Clio), vol.1, n.1. ISS 23594489, 2015. Disponível em: < <http://www.ufjf.br/facesdeclio/files/2014/09/1.10.Artigo-Priscila-e-Alexandre.pdf> >. Acessado em: 26 de março de 2018.

PARETO, Vilfredo. **Sociologia**. São Paulo: Ática, 1984. Tradução: Ruy R. da Cunha. Organizador: José Albertino Rodrigues

PENA, Sergio Danilo Junho; BIRCHAL, Telma de Souza. **A inexistência biológica versus a existência social de raças humanas: pode a ciência instruir o etos social?**. São Paulo: Revista USP, n 68. Disponível em: < <http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/13479> > acesso em: 27 de abril de 2018.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROUSSEAU, Jean-Jaques. **O Contrato Social**. Porto Alegre: L&pm, 2016. Tradução: Paulo Neves. Título Original: Du contrat social.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel Francisco. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2003.

SCHIMIDT, Benito Bisso. **Novos Domínios da História**. São Paulo: Elsevier, 2012. Organização: Ciro Flamarion; Renato Vainfas.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. _____. 34ª ed., rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. _____. 37ª ed., rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Rafael Peteffi da; WALKER, Marck Pickersgill. **Punitive Damages: características do instituto nos Estados Unidos da América e transplante do modelo estrangeiro pela jurisprudência brasileira do Tribunal de Justiça de Santa Catarina**. – Florianópolis: Revista Sequência, Universidade Federal de Santa Catarina, n. 74, 2016, p. 295-326. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/seq/n74/0101-9562-seq-74-00295.pdf>>, acessado em: 10 de abril de 2018.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais e a Eficácia das Normas Constitucionais**. Revista de Direito do Estado: São Paulo, 2006. Disponível em: < https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2006-RDE4-Conteudo_essencial.pdf>. Acessado em: 09 de junho de 2018.

SILVEIRA, Carlos Frederico Gurgel Calvet da; SALLES, Sérgio de Souza. **Elementos da Filosofia do Direito**. Petrópolis: UCP, 2009.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de Personalidade e sua Tutela**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. Liberdade de Informação e de Expressão: Reflexão sobre as Biografias Não Autorizadas. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 61, n. 2, p.25-40, maio 2016. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/46157/29057>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

THOMPSON, John B. **Fronteiras Cambiantes da vida pública e privada**. Revista Matrizes, São Paulo: 2010. Disponível em: < <http://www.periodicos.usp.br/matrizes/article/viewFile/38273/41082>>. Acesso em: 20 de março de 2018.

WOLKMER, Antonio Carlos, **Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos**. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/593-2009-1-pb.pdf>. Acesso em: 08 de nov. 2017.

ZANIN, Leonardo Estevam de Assis. **O surgimento e o desenvolvimento do *right of privacy* nos Estados Unidos**. Revista Brasileira de Direito Civil, 20015. Acesso em < <https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume3/02---rbdcivil-volume-3---o-surgimento-e-o-desenvolvimento-do-right-of-privacy-nos-estados-unidos.pdf>>. Acessado em: 26 de março de 2018.